

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÀ, María del Carmen CRESPO MORA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRÁIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Daños causados por la interposición de interdicto de obra nueva; uso abusivo del derecho de propiedad, utilizando la vía interdictal contra una invasión en el subsuelo de su finca que no le causa daños.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC 1881, acusa infracción del artículo 7.2 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Toda su fundamentación se dirige a justificar que la interposición del interdicto de obra nueva no obedeció a ningún ejercicio abusivo de su derecho, sino que, partiendo de una intromisión en su finca sin ninguna autorización, pretendía evitar los daños que pudiera experimentar; hasta la prueba pericial en el jui-

cio interdictal no supo que en nada afectaban los anclajes a dicha finca. No hubo ningún móvil económico en la interposición del susodicho interdicto.

El motivo debe desestimarse, pues en el examen atento y cuidadoso que de la conducta del recurrente, en su día interdictante, hace la sentencia recurrida, se revela que en el ejercicio de su derecho traspasó sus límites normales, sin ningún beneficio para él y produciendo daños para el interdictado, que en este proceso reclama. Es evidente la inutilidad del interdicto. Los anclajes se habían soltado al principio del propio proceso. ¿Qué beneficio obtenía el interdictante con la paralización de la obra? La única respuesta razonable es que el interdicto era mero elemento de presión para la obtención de determinada cantidad cuya falta de justificación se revela en el hecho mismo de que no se haya formulado reconvencción en este proceso ni reclamación alguna fuera de él. El Juzgado considera que el interdictante obró de buena fe, porque objetivamente la inmisión allí estaba. No lo cree la Sala así. El interdictante recibió con sobrada antelación información de la promotora de lo que se había efectuado y tenía asistencia jurídica y técnica y nadie parece haberle malinformado. Sabía razonablemente de la inocuidad del método constructivo y, por lo mismo, sabía que fuera de la presión interdictal, poco o nada podría obtener. Puso el interdicto y paró la construcción del bloque hasta que el Juzgado resolvió que no tenía razón en haber suspendido la obra. Lo que pasa es que esto ocurrió tres meses después con el consiguiente quebranto económico. (STS de 14 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Progesa, S. A.*, al ejecutar unas obras en el solar del cual es propietaria utilizó el denominado «sistema de anclajes» para sujetar un muro pantalla, el cual lindaba con las casas propiedad del demandado. Tal ejecución entrañó que se introdujera en el subsuelo de dicha finca colindante una serie de cables, los cuales soportaban el muro mientras se construía el edificio.

Por su parte, don J. T. C., enterado de ello, tras mantener determinados contactos con la empresa sin llegar a ningún entendimiento, presentó en el Juzgado de Primera Instancia un interdicto de obra nueva, lo que conllevó la paralización de la obra iniciada por *Progesa, S. A.*, durante determinado tiempo. Posteriormente, la demanda interdictal fue desestimada, adquiriendo firmeza al no ser recurrida.

Progesa, S. A., demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a don J. T. C., solicitando fuese condenado al pago a la actora de la suma de 15.610.819 pesetas, daños causados a la misma por la paralización de las obras por el interdicto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo su sentencia revocada en grado de apelación por la Audiencia. Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto don J. T. C. el presente recurso de casación. (A. G. B.)

2. Cómputo de plazos. Último día.—El TS afirma que, cuando el plazo se establece por meses o por años, el último día del plazo, computado según indica el artículo 5 CC y sin descontar los días inhábiles, se ha de incluir en el mismo (STS de 17 de noviembre de 2000). (STS de 31 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Con fecha de 2 de marzo de 1994, don J. M. G. L. suscribió un seguro de vida con la entidad *Euroseguros BBV*, de duración anual renovable. Pese a que el pago se domicilió bancariamente, parece ser que el banco del asegurado no pagó el recibo de la prima, si bien no se indica el motivo. Posteriormente, don J. M. G. L. falleció el día 2 de abril de 1995.

Reclamado por los herederos de don J. M. G. L. —beneficiarios del seguro— el pago de la indemnización, la aseguradora se negó al mismo, alegando el impago de la prima y que el plazo de gracia del seguro había acabado el 1 de abril de 1995, por lo que el fallecimiento del asegurado se había producido fuera del plazo de cobertura. Frente a esta negativa, los herederos de don J. M. G. L. interpusieron demanda en reclamación del pago del capital asegurado en la póliza. La demanda fue estimada en primera instancia, fallo ante el que la aseguradora interpuso recurso de apelación. Desestimado el recurso, la demandada planteó recurso de casación, que fue estimado, en parte, por el TS, pues consideró que no era aplicable a los seguros de vida la Orden Ministerial de 22 de octubre de 1982 en que había basado su fallo la sala *a quo*.

NOTA.—La referencia que contiene la sentencia a la Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1982 (FD 4.º) ha de entenderse hecha a la Orden Ministerial de 22 de octubre de 1982 (a la que se refiere en el FD 2.º), cuyo artículo 3.4, declarado en vigor por el RD 1348/1985, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro privado (y no, el RD 1248/1985, como se indica en la sentencia), ha sido posteriormente derogado por la LOSSP (DD única). (A. M. M.)

3. Cómputo del plazo de prescripción de la acción civil en los supuestos de procedimiento penal previo.—El criterio de la Sala de instancia sigue la doctrina de esta Sala de Casación acerca del cómputo del plazo en estos casos. Así, la STS de 22 de octubre de 1980 expresa que: «promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto, mientras el proceso penal estuviere pendiente, y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1960 CC, el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC, empezará a contarse desde el día que en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, la que se produce por ministerio de la Ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo ésta sea notificada». (STS de 31 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Obrascon Huarte, S. A.*, ocupó sin autorización una finca propiedad de *Parque La Presa, S. A.* Ante ello, la entidad *Parque La Presa, S. A.*, inició un proceso penal por faltas contra *Obrascon Huarte, S. A.*, que concluyó con una sentencia absolutoria el día 9 de marzo de 1991. Con posterioridad, por providencia de 26 de junio de 1991 la sentencia indicada fue declarada firme. El día 25 de junio de 1992 la entidad *Parque La Presa, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Obrascon Huarte, S. A.* La

entidad demandada contestó a la demanda alegando que la acción ejercitada por el actor había prescrito. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia por prescripción de la acción. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En los supuestos de previo procedimiento penal el *dies a quo* para el plazo de prescripción de la acción civil es el día en que la sentencia adquiere firmeza. Así pues, el plazo de prescripción en los supuestos en que contra la resolución penal cabe recurso, como en el caso de esta sentencia, empieza cuando ha transcurrido el término para su interposición con independencia de que con posterioridad se siguiese cualquier otra actuación. En cambio, en los supuestos en que no cupiese recurso alguno contra la resolución dictada, esta resolución adquiriría firmeza en el momento en que fuese notificada al perjudicado (véanse las SSTs de 28 de octubre de 1994 [RJ 1994/7875], de 31 de marzo de 1995 [RJ 1995/275] de 25 de mayo de 1996 [RJ 1996/2441], de 16 de mayo de 2001 [RJ 2001/6213], de 17 de julio de 2001 [RJ 2001/6859], de 12 de mayo de 2004 [RJ 2004/2736] y José Menéndez Hernández, «Comentario de los artículos 1968 y 1969», en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, tomo 9, pp. 544-555). Ahora bien, cuando un procedimiento penal se reabre debido a la admisión de un recurso de amparo, existe la posibilidad de iniciar un procedimiento civil cuando los perjudicados se hubiesen reservado las acciones civiles y la sentencia penal sea condenatoria, ya que en ese supuesto el plazo de prescripción para ejercer las acciones civiles se considera interrumpido (véase Antonio Del Moral Martín/Antonio Del Moral García, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 68-71). (R. T. B.)

4. Cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción. Interrupción de la prescripción.—Conforme al criterio del artículo 1969 CC, que establece una regla general y objetiva, el tiempo debe contarse desde el día en que pudo ejercitarse la acción y la apreciación de la prueba suministrada por las partes, acerca de la interrupción o no del plazo prescriptivo es, en principio, de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora, sin que pueda combatirse con éxito en casación, sino se demuestra la existencia de error (SS de 6 de noviembre de 1987, 2 de febrero de 1995, 19 de abril y 23 de octubre de 1983 y 16 de marzo de 1981). Y, por lógica analogía, conviene recordar que la eficacia interruptora de la conciliación se contrae a la prescripción extintiva y los casos de interrupción de la prescripción, según sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1989, no pueden interpretarse en sentido extensivo (S de 4 de mayo de 1995). La interrupción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido. A partir de la interrupción hay que comenzar a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción. Las anteriores consideraciones son las que acertadamente ha tenido en cuenta la sentencia recurrida. La fecha del hecho originador la pretensión (*sic*) deducida es el 8 de agosto de 1991. La fecha de reclamación previa en vía administrativa es de 23 de marzo de 1992. La fecha de presentación de la demanda es de 7 de julio de 1993, transcurrido el año desde la fecha de pre-

sentación de la reclamación administrativa; e incluso transcurrido más de un año si se admitiera, a efectos dialécticos, como *dies a quo* la fecha de terminación del plazo de tres meses desde la presentación de la reclamación, estimada como denegatoria, por silencio administrativo. Las alegaciones de la recurrente sobre ulteriores reclamaciones y peticiones de resoluciones administrativas están enfrentadas a las consideraciones que se han mantenido de forma constante y consolidada sobre la prescripción extintiva y su interrupción por el TS. (STS de 6 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las lluvias torrenciales caídas en Barcelona el 8 de agosto de 1991, diversas viviendas se inundaron a través de los desagües municipales. En fecha 23 de marzo de 1992, doña M. N. T. presentó escrito en vía administrativa reclamando de la Administración las cantidades correspondientes a los daños sufridos en su vivienda. La reclamación se desestimó por silencio administrativo. El 7 de julio de 1993 interpuso demanda por responsabilidad extracontractual ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona por la cual se solicitaba la condena solidaria del Ayuntamiento de Barcelona, así como de *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., Promociones Inmobiliarias Reunidas, S. A.*, y don M. C. V. El Juzgado declaró la responsabilidad civil extracontractual del Ayuntamiento y de *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A.*, y les condenó al pago de las cantidades que se fijasen en ejecución de sentencia. Por el contrario, desestimó la demanda respecto de los otros demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia de Barcelona la revocó y consideró prescrita la acción civil. Interpuesto recurso de casación por doña M. N. T., el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia que se comenta, el TS consideró prescrita la acción civil y, en consecuencia, desestimó el recurso de casación. En concreto, los hechos dañosos objeto de litigio se produjeron el 8 de agosto de 1991. La reclamación ante la Administración se interpuso el 23 de marzo de 1992 y se denegó por silencio administrativo, tres meses más tarde. El 7 de julio de 1993 se interpuso la correspondiente demanda civil que se declaró prescrita. El TS consideró que la demanda se había presentado más de un año después de la fecha de interposición del recurso administrativo e incluso transcurrido el año, si se considerase como *dies a quo* la fecha en que se denegó la solicitud por silencio administrativo. En consecuencia, no apreció la interrupción de la prescripción. No obstante, cabe preguntarse qué hubiera determinado el Alto Tribunal si la demanda se hubiese interpuesto unos días antes, es decir, cuando aún no hubiera transcurrido el año desde la desestimación del recurso por silencio administrativo (sobre el valor del silencio en la Administración, véase Marcos Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, Elcano, Aranzadi, 2000, p. 565 ss.). En este sentido, parece deducirse de la sentencia que el TS hubiera apreciado la interrupción de la prescripción y estimado el recurso. (A. S. C.)

5. Motivación.—En el primer motivo del recurso, amparado en el número 3 del artículo 1962 LEC, se citan como infringidos «los artículos 24.1, 120.3 de la Constitución Española y 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional», por ausencia total de motivación en la sentencia impugnada.

Alega, en síntesis, el recurrente, que se realiza una remisión íntegra a la sentencia del juzgador de primera instancia, de tal forma que en la sentencia de la Audiencia Provincial no se cita ni un solo artículo ni se basa en alguna tesis jurisprudencial para acoger la prescripción.

Es lo cierto que la motivación de la sentencia de apelación adolece de falta de rigor jurídico, mas ello no basta para la estimación del motivo, dado que: a) En el FD 1.º de la sentencia se dice que «independientemente de suscribir la tesis de la juzgadora de instancia respecto al juego del posible plazo de apelación del citado auto de 2 de junio de 1994», cuestión ésta esencial respecto a la que la Audiencia asume la argumentación y conclusiones de la sentencia de primera instancia relativas al cómputo del plazo prescriptivo de que se trata, y, en el último párrafo de la sentencia impugnada, se insiste en que «dados los acertados fundamentos de la juzgadora de instancia, cuya reproducción se ve innecesaria» procede la desestimación del recurso y, acogimiento de la prescripción, se sigue que ha de estarse a la doctrina de la sentencia por vía de remisión a los fundamentos de la dictada en primera instancia (SS de 19 de octubre de 1999 y 3 de febrero de 2000, entre otras); b) No es precisa la cita en la sentencia de preceptos legales si se han tenido en cuenta (SS de 19 de abril, 29 y 30 de mayo y 16 de junio de 2000), como lo fueron, siquiera implícitamente, en la sentencia recurrida; y c) Ha de considerarse, por tanto, motivada la sentencia y cumplido estrictamente en lo necesario lo dispuesto en los artículos 120.3 CE y 248.3 LOPJ, por lo que tampoco cabe apreciar infracción del artículo 24.1 de aquélla.

Responsabilidad extracontractual: prescripción.—Es doctrina jurisprudencial que, puesto en relación el artículo 1969 CC con los artículos 111 y 114 LECr., el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza (S de 22 de octubre de 1980), que se produce, por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el plazo sin interponerlos (S de 8 de noviembre de 1984), todo lo cual es aplicable al supuesto de archivo de diligencias (S de 20 de octubre de 1993, con cita de anteriores); en el caso, el auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tolosa es de fecha 2 de junio de 1994, resolución en la que consta, como así es, que contra la misma cabe recurso en el plazo de tres días, y fue notificado el día 6 siguiente, con que en la fecha de presentación de la demanda (8 de junio de 1995) no había transcurrido el plazo de un año a contar desde su firmeza.

Por tanto, ha de acogerse el motivo examinado con la consecuencia de que no ha de apreciarse la prescripción alegada por las demandadas y deberá resolver esta Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. (STS de 24 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Seguido el procedimiento por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 17 de junio de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Con estimación de la excepción de prescripción de la acción respecto de la

demanda interpuesto por el señor O., en nombre y representación de don D. L. T. y doña M. I. L., debo absolver a la *Sociedad Cultural Elorri y Vascongada de Seguros y Reaseguros, S. A.*, de los pedimentos deducidos en su contra por aquella demandante. Con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (...) debo estimar y estimo las demandas interpuestas (...) contra la *Sociedad Cultural Elorri y Vascongada de Seguros y Reaseguros, S. A.* Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de apelación que fueron desestimados. El procurador don C. G.-V. M., en nombre y representación de don D. L. T., formalizó recurso de casación. (A. G. B.)

6. Simulación. Fiducia cum amico.—El 17 de octubre de 1985, la demandante contrajo matrimonio con el régimen de la sociedad legal de bienes gananciales. Con posterioridad, los cónyuges, en sociedad con un tercero, constituyeron una sociedad anónima mediante escritura pública de 23 de agosto de 1988, a la que fueron aportadas una serie de cédulas hipotecarias adquiridas con dinero privativo de la esposa, procedentes de una cuenta corriente común, así como un inmueble también de propiedad de aquella, el cual constituía el domicilio habitual del matrimonio. A cambio de tales aportaciones, se adjudicaron las acciones correspondientes a cada uno ellos, transmitiendo el tercero las suyas posteriormente a la mujer.

El 28 de noviembre de 1988 se procedió a la ampliación de capital de la compañía con dinero aportado por la esposa y, de igual manera, se emitieron unas acciones concretas que fueron adjudicadas al marido. Posteriormente, el 11 de enero de 1993 el matrimonio suscribió un convenio regulador a los efectos de la separación matrimonial y liquidación de la sociedad de gananciales. Entrando de lleno en la cuestión, la demandante sostiene en su escrito inicial que, durante su matrimonio, aportó a la sociedad más de 140.000.000 de pesetas, procedentes de la herencia percibida de su padre sin embargo, en la actualidad, tras separarse de su esposo y como consecuencia de complejas operaciones jurídicas, de dicha cantidad, que le pertenecía de forma privativa, ha recibido apenas la cantidad de 41.000.000 de pesetas, mientras que la parte demandada se ha quedado con la totalidad de las acciones de dicha sociedad, cuyo valor, aun descontando la suma recibida por la actora, asciende a más de 110.000.000 de pesetas que, en realidad, pertenecen a ésta y le deben ser reintegradas, pues su marido ha adquirido estos bienes sin causa ni contraprestación alguna.

Es evidente que, desde el mismo instante de su constitución, todas las aportaciones verificadas a la sociedad proceden del patrimonio privativo de la esposa, con excepción de la hecha por el tercero cuyas acciones fueron posteriormente adquiridas por aquella.

La constitución de la sociedad mediante la aportación de cédulas hipotecarias suscritas con dinero procedente de una cuenta común, carece de entidad legal para considerar el numerario como ganancial, habida cuenta que el carácter indistinto de una cuenta corriente reza para las relaciones entre los cuentacorrientistas y la entidad bancaria, pero no afecta a los propios cuentacorrientistas y la propiedad de capital, que no viene sujeta a la estructura y tampoco a las características de la cuenta con el banco, sino a su propia naturaleza intrínseca.

La sentencia de instancia manifiesta que no consta que la actora pusiera reparo alguno en la distribución de las acciones en el instante de la constitución de la sociedad y que consistió, finalmente, en que las acciones fueran consideradas como patrimonio ganancial a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando se plantea la separación matrimonial, como también que la actuación de la demandante al intervenir en la escritura pública de ampliación del capital social, en la que se transcribe la junta universal en la que se adoptó el acuerdo por unanimidad y en el que se hizo constar que tal ampliación es suscrita y desembolsada en su totalidad por el marido, a quien se adjudican las acciones, ha venido a ratificar tal donación, pero tal resolución de instancia no se ajusta a la doctrina del propio TS, conforme a la cual no cabe invocar los actos propios para convalidar la nulidad absoluta.

No cabe considerar como donación el hecho de la puesta a nombre del demandado de las acciones que le fueron adjudicadas en la sociedad, dado que no ha habido aquí *animus donandi*, sino una clara intención fiduciaria, pues, de definitiva, nos encontramos ante un negocio simulado, en que la causa aparente no es verdadera y el negocio disimulado se configura como un acto fiduciario, ya que las partes pretendieron crear una fiducia *cum amico* sin finalidad perceptible, pero que podía responder a razones indeterminadas, bien fiscales o bien instrumentales, en todo caso irrelevantes, lo que produce la nulidad absoluta de las adjudicaciones efectuadas al marido, quien sólo tenía la titularidad sobre las mismas y, además, le correspondía la carga de la prueba del objeto de la fiducia, y trae, como consecuencia, la nulidad de los pactos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales y de los contratos celebrados por efecto de ésta. (STS de 10 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de bienes, turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Puerto de la Cruz, por la que se pide la nulidad de pleno derecho de la adjudicación de una serie de acciones de cierta sociedad, por entender que esta última responde a un acto simulado de simple puesta a nombre a favor del demandado. Entiende así la parte demandante que sólo ella es la propietaria real de las tales acciones, con lo que la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en el convenio de separación de 11 de enero de 1993 es nula de pleno derecho, así como todos los actos y contratos otorgados como consecuencia de tal documento. El Juzgado desestimó la demanda, con lo que se presentó apelación que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 25 de marzo de 1997, rechazándola. Por tal motivo, la parte demandante interpuso, en fecha 6 de junio de 1997, recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial de las SSTS de 24 de marzo de 1971 y 31 de octubre de 1996, sobre titularidad conjunta, por vulnerar la jurisprudencia que determina que el *animus donandi* no se presume, por violación de los artículos 1253, 632, 633, 1261.3, 1274, 1275 y 1323, todos ellos del CC, por transgresión del artículo 1346.3 del mismo texto y de la doctrina jurisprudencial referente a él, por infracción del artículo 1397 del CC en relación a la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por los cónyuges, por vulneración del artículo 1310 LEC y de la jurisprudencia

alusiva a él y, por último, por infracción de la doctrina de las SSTS sobre la teoría de los actos propios y sobre el enriquecimiento injusto. (J. L. B.)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Requisitos para el ejercicio del derecho fundamental a transmitir información.—Es necesario que se trate de hechos noticiables y públicamente relevantes, esto es, de interés general. También es imprescindible que la información transmitida sea veraz, lo cual no supone necesariamente que el contenido de la información haya de ser total y rigurosamente exacto. Por el contrario, la exigencia de veracidad implica averiguaciones diligentes y responsabilidad sobre el profesional que la difunde, sin perjuicio de que, finalmente, la información contenga errores circunstanciales o elementos inexactos que no afecten al núcleo de lo transmitido (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, 110/2000, de 5 de mayo, y 297/2000, de 11 de diciembre). No quedan amparados por el mentado derecho fundamental quienes transmiten como hechos verdaderos simples rumores, meras invenciones o insinuaciones, ni tampoco quienes no contrastan de manera adecuada el contenido de aquellos hechos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 52/2002, de 25 de mayo).

Cuando el derecho de información colisiona con el honor de las personas, debe atenderse especialmente a los requisitos apuntados respecto del primero, en la medida en que faltando éstos prevalecerá el derecho al honor consagrado en nuestra Constitución (SSTS de 30 de julio y 13 de octubre de 1998).

Parámetros destinados a fijar la indemnización del daño moral.—Deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión producida, así como la difusión otorgada a la información y el beneficio obtenido por el que la difunde. (STS de 7 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don F. P. G. considera vulnerado su derecho al honor tras la publicación en el diario *El Mundo* de un artículo, relativo al papel desempeñado por el actor, como interventor de Fesa (Compañía de fertilizantes del grupo Torras-Kio). El artículo aseguraba que los interventores de Fesa falsearon el balance entregado al Juzgado y así evitaron que se actuara contra De la Rosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en el sentido de condenar a los demandados *Unidad Editorial, S. A.*, don P. J. R., don J. M. Z. C. y don J. G. M., al pago solidario de una indemnización de 10.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando íntegramente la sentencia de instancia. El TS acoge uno de los motivos de la casación, y, por ello, reduce la indemnización por daños morales a 2.000.000 de pesetas. (J. D. S. C.)

8. Derecho al honor. Manifestaciones en un periódico. No es preciso demandar al director de la publicación, basta demandar al autor de las imputaciones publicadas. No existe litisconsorcio pasivo.—La doctrina

constante de esta Sala ha negado la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de deudores solidarios –*ad exemplum*, SS de 9 de junio de 1981 y 15 de marzo de 1993–. Específicamente, con referencia al derecho al honor, ha proclamado la S de 16 de diciembre de 1994 que al venir establecido legalmente un vínculo de solidaridad por el artículo 65 de la Ley de prensa e imprenta, de 18 de marzo de 1966, entre los responsables del acto ilícito, que incluye, desde luego, a la empresa propietaria del periódico, como recogió a este respecto la S de 22 de abril de 1992, la doctrina aplicable al caso, según recogió la S de 1 de junio de 1989 señala que la responsabilidad originada por la difusión de informaciones atentatorias al honor en los medios de comunicación tiene un carácter solidario, lo que supone que el perjudicado pueda demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos ellos, a su elección, norma de constante aplicación jurisprudencial.

Las frases no se han sacado de su contexto ni se han difundido como rumores.—Entiende la Sala que es precisamente dentro del contexto de todo el escrito donde se demuestra y proclama el injustificado ataque al honor del demandante, con dos imputaciones que resultan inequívocamente injuriosas y vejatorias de la persona del actor y sin relación alguna con las ideas que se explican y defienden en lo publicado. Ello supone la conculcación del derecho constitucional ajeno, de acuerdo con la doctrina del principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, porque el artículo 18.1 CE ampara la buena reputación de la persona, protegiéndola contra las expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio y que son tenidas en el concepto público por afrentosas –SS 107/1988, de 8 de junio, 185/1989, de 13 de noviembre, 171/1990, de 12 de noviembre, 233/1992, de 14 de diciembre, 170/1994, de 7 de junio, 139/1995, de 26 de septiembre, 3/1997, de 13 de enero, y 180/1999, de 17 de octubre, entre otras.

Puede diferirse la cuantificación del daño para el período de ejecución de sentencia.—Puede diferirse para el período de ejecución de sentencia la cuantificación de los perjuicios –SS de 14 de junio y 24 de junio de 1947, 17 de febrero de 1951 y 5 de junio de 1989–. Los términos del artículo 360 LEC no consienten que quede para la ejecución de sentencia la determinación de la realidad del daño, pero sí y tan sólo la de su cuantía –SS de 31 de diciembre de 1932 y 2 de marzo de 1943–. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Melilla, don A. E. L. F. promovió demanda incidental al amparo de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, de 26 de diciembre de 1978, contra don O. F. A. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia. Por el Procurador de los Tribunales, don J. G. W., en nombre y representación de don O. F. A. se formalizó recurso de casación. (A. G. B.)

9. Derechos fundamentales: honor; la crítica política no ampara la información falsa desmerecedora para quien desempeña un cargo público.—El motivo primero del recurso del Partido Popular no se estima. Se dice

que el Partido Popular no cometió intromisión ilegítima en el honor, sino que ejerció la crítica política mediante un comunicado que tenía por objeto evitar irregularidades o disfunciones en la actuación de la máxima autoridad municipal, y todo ello en el legítimo ejercicio de una oposición política pública, libre y plural. Se aduce, en síntesis, que mediante la partida del artículo 49 del presupuesto del Ayuntamiento denominada «gastos de representación» se tenía expedito el camino para poder burlar la incompatibilidad a la hora de percibir la doble remuneración por ambos cargos, y se añade, «partiendo de una base informativa correcta (la previsión en los presupuestos municipales de una partida de sueldo para el Alcalde, incompatible con el cargo de Senador camuflado bajo la fórmula de “gastos de representación”, y excluidos de esta incompatibilidad) y en el estricto ejercicio de una labor política de oposición se denunció la existencia de una irregularidad presupuestaria que dejaba la puerta abierta a una disfunción en el ejercicio de la autoridad municipal, cerrando de esta forma la posibilidad de dicha disfunción».

El motivo no puede ser acogido porque el razonamiento que le sirve de fundamento no se ajusta a los hechos históricos. Si el comunicado del Partido Popular hubiera tenido el contenido que se afirma en el motivo cabría discurrir acerca de si respondía o no al ejercicio de la crítica política, que, por supuesto, debe tener un amplio margen de tolerancia, en cuanto exigencia ineludible de un sistema democrático. Pero ocurre que el referido comunicado tiene un contenido distinto, pues en el mismo claramente consta la información de que «el Senador del Grupo Socialista, A. M., cobra del Ayuntamiento de Mijas una paga fija y periódica de 348.500 pesetas mensuales, encubriéndola como “gastos de representación” al mismo tiempo que cobra la retribución correspondiente a su condición de Senador», y así se publicó en los diarios, sin que en ningún momento se intentase rectificar. Esta imputación pública desborda la crítica política permisible, y, al ser notoriamente infundada y desmerecedora para la persona del imputado, incide claramente en la intromisión ilegítima del honor del apartado 7 del artículo 7 de la LO 11/1982, de 5 de mayo (en su redacción anterior a la vigente, que es la aplicable dada la fecha en que se produjeron los hechos).

Indemnización del daño moral: factores a tomar en cuenta (art. 9.3 de la LO 1/1982).—El artículo 9.3 de la LO 1/1982 establece que: «se presumirá la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

El inciso primero del precepto contiene una «presunción *iuris et de iure*» que supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur* que descarta las pretensiones sin contenido económico cuando éste sea meramente simbólico. Los incisos siguientes relacionan varios factores indicativos para la cuantificación del daño moral —circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión—, que obviamente tienen carácter enunciativo, si bien, en cualquier caso, la amplia fórmula «circunstancias del caso» facilita la decisión del juzgador, aunque no le autoriza a su mera reproducción literal sin concretar cuáles son las circunstancias específicas que se

toman en cuenta. Este razonamiento previo resulta de necesaria consignación porque, aun cuando es cierto que el recurso de casación no es sede adecuada para debatir un *quantum* indemnizatorio, salvo error notorio o arbitrariedad –en más o en menos–, sí, en todo caso, cabe plantear en el mismo la omisión valorativa de los presupuestos que el precepto contiene, al constituir una *questio iuris* por infracción de la norma legal.

En el caso que se enjuicia, la sentencia de la Audiencia no razona acerca del tema de la indemnización, si bien cabe deducir que se remite (aceptándolos) a los argumentos de la de primera instancia la cual considera la Sala por un lado, en algunos aspectos, genérica e incompleta, y, por otro lado, errónea. Por ello considera que el recurso tiene una parte de razón. No la tiene, en cuanto denuncia falta de motivación, pero sí la tiene en el aspecto de que la motivación es insuficiente y, por ello, no satisface plenamente la exigencia legal, singularmente teniendo en cuenta la cuantía de la indemnización establecida. La consecuencia casacional de esta apreciación debe ser la de proceder esta Sala, en asunción de la instancia (art. 1175.1.3.º) a fijar la indemnización procedente, completando la motivación adecuada, lo que es posible efectuar cuando no se quebrantan principios esenciales (audiencia, contradicción, defensa), ni reglas de la casación (valoración probatoria), aunque sea preciso examinar los autos (art. 318 LEC), y, en su caso, proceder a la «integración del *factum*» siempre dentro de su uso ponderado como es norma de la doctrina jurisprudencial.

Concretamente, las circunstancias del caso que la Sala entiende deben ser tomadas en consideración son: la imputación desmerece notablemente la reputación del señor M. que no sólo es Alcalde, sino, además, Senador; el Partido Popular conocía (o debía conocer) que el Alcalde no había cobrado, ni iba a cobrar, la cantidad que figuraba en el presupuesto del Ayuntamiento porque así lo expresó en el Pleno –sesión extraordinaria de 11 de noviembre de 1993– en cuya acta consta que se consignaba por imperativo legal y que cobraría la cantidad «si no existiera incompatibilidad»; el comunicado del Partido Popular desliza una imputación de cobro de cantidades que no se corresponde con la realidad que le era conocida; en la misma fecha en que se publica la información del Partido Popular en el *Diario 16* de Málaga y en el *Diario de Málaga* consta el desmentido del señor Alcalde de Mijas, y su intención de querellarse contra el Partido Popular; y, por último, era notorio la existencia de una especial situación de conflictividad entre el señor M. y los señores C. y A. en virtud de una querrela formulada por estos últimos contra el primero ante la Sala 2.ª del TS. (STS de 7 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–Por don A. M. P. se dedujo demanda contra don M. C. P., doña M. A. G.-C. y el Partido Popular solicitando la condena solidaria de los demandados a pagar al actor la cantidad de 30.000.000 de pesetas por intromisión ilegítima en el honor y, asimismo, a que se rectifique la falsa noticia y publique la sentencia a costa de los demandados en todos los medios de comunicación, prensa y radios locales. La fundamentación fáctica se resume en la alegación de que los demandados señor C. y señora A., Concejales del Ayuntamiento de Mijas por el Partido Popular, se dirigieron a la oficina de información del Partido facilitándole la falsa noticia de que el señor M., Alcalde Presidente de dicho Ayuntamiento, cobraba a la vez como Senador y como Alcalde de Mijas, cuyas percep-

ciones son incompatibles, y el Partido, en lugar de comprobar la falsedad absoluta de la noticia, la propagó por las emisoras de radio y otros medios de comunicación locales, publicándola también en el *Diario 16* de la misma capital; a lo que se añade que los mencionados concejales conocían la falsedad de la noticia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, siendo confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Contra la sentencia de la Audiencia se formularon recursos de casación por don M. C. P., doña M. A. G.-C. y Partido Popular. (*O. M. B.*)

10. Derecho al honor e intimidad personal frente al derecho de información.—El derecho al honor o a la intimidad se ve vulnerado cuando se difunden hechos que, referidos al ámbito privado o reservado de las personas, resultan manifiestamente irrelevantes o superfluos con relación a la información que se pretende transmitir (SSTS de 21 de octubre de 1996, 24 de enero de 1997 y 9 de febrero de 1998).

Interpretación de declaraciones susceptibles de atacar contra el honor o la intimidad.—Ante expresiones ambiguas, anfíbológicas, crípticas, irónicas o meras insinuaciones, el criterio de interpretación necesario para determinar si las mismas atacan contra los mentados derechos fundamentales, es el socialmente razonable, esto es, el que deriva del sentido común. La jurisprudencia señala que, en ningún caso, se ha de estar al criterio arbitrario de aquellas personas más susceptibles o malpensadas, sino al establecido socialmente por la generalidad de personas de nivel cultural medio.

Derecho al honor e intimidad personal frente al derecho a la libertad de expresión.—El ejercicio legítimo de la libertad de expresión no incluye la divulgación de hechos pertenecientes al ámbito privado de las personas, aunque tales hechos sean ciertos (STS de 30 de julio de 1997). (STS de 3 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periodista interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, por entender que las declaraciones efectuadas en rueda de prensa por el Ministro don J. L. C. C., suponen una intromisión ilegítima en su honor. El Juez absuelve al demandado, si bien y en grado de apelación se estima parcialmente el recurso. El TS declara no haber lugar a ninguno de los motivos de la casación. (*J. D. S. C.*)

11. Colisión del derecho a la información y el derecho a la propia imagen.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación de fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos, supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen. Ahora bien, el derecho a la propia imagen puede ceder a favor del derecho a la información veraz y libre. De esta forma reconoce el TS (entre otras, SSTS de 29 de marzo y 2 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1997, 27 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2000 y 14 de noviembre de 2002) que se excluye la protección de la imagen cuando se

trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público. La referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en un sentido amplio. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de la prestación de un servicio oficial acordado por un juzgado, doña M. E. C. —sargento de la policía municipal— acudió, junto con otros miembros de dicho Cuerpo, a auxiliar a la Comisión Judicial en la tarea de desalojo de los habitantes de determinadas viviendas. Como consecuencia del cumplimiento del mandato judicial se produjeron diversos incidentes entre los afectados y los miembros de la policía municipal que se recogen en el periódico *Diario 16*, en cuya portada aparece una foto de doña M. E. C., que se ilustra con el titular: «Desalojo violento». Por ello, doña M. E. C. interpone demanda de juicio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales contra el fotógrafo, el director del periódico y la entidad mercantil *Información y Prensa, S. A.* Aunque las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial estiman la demanda y condenan a los demandados, el TS declara haber lugar al recurso de casación; en consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

12. Reportajes con menores de edad. Colisión del derecho a la información y los derechos a la intimidad y a la imagen.—La relación entre la libertad o derecho de información y los derechos de intimidad e imagen no puede tratarse dogmáticamente ni puede fijarse *a priori*. Es imprescindible contemplar el caso concreto. Lo mismo ha de afirmarse en relación con aquellos reportajes en los que aparecen menores de edad: no pueden hacerse generalizaciones ni dar conceptos abstractos sobre si atentan a su intimidad y a su imagen. Se debe analizar el caso concreto, ver el contenido, su alcance y comprobar si queda bajo la libertad de información. Asimismo, hay que comprobar el consentimiento del menor y de su madre —que ha de ser indudable y claramente expresado— para aquel contenido de la intimidad y la aparición en televisión de la imagen. (STS de 26 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En el programa de televisión «Misterios sin resolver» se realiza una entrevista a un menor de catorce años que se encuentra en cama en un hospital de Madrid. El menor cuenta que fue agredido por otros jóvenes y que le asestaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho hospital. Cuenta también que su madre le pegaba y que se marchó de casa y que fue llevado a un centro de menores. A continuación, el presentador entrevista a la madre, que reconoce, entre otros datos, que su hijo es muy agresivo, que se escapa y que se junta con malos amigos.

El Fiscal de menores, en representación del mencionado menor, interpone demanda de juicio de protección a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra el presentador del programa, el director del mismo, la sociedad titular del canal de televisión en el que se emitió el programa y contra don V. L. L. El Juzgado de Primera

instancia declara que en el programa «Misterios sin resolver» se cometió una intromisión ilegítima en los derechos de la intimidad personal y de la propia imagen del menor y condena a dichos demandados a que abonen en concepto de daños y perjuicios de forma solidaria cierta cantidad y a que la sentencia se divulgue en el mismo programa o en otro semejante. La Audiencia Provincial revoca, parcialmente, la sentencia apelada en el sentido de absolver a don V. L. L. El director del programa y la sociedad titular del canal de televisión por un lado, y el presentador del programa, por otro, interponen sendos recursos de casación. El TS estima ambos recursos por considerar que el contenido de la doble entrevista no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. (*M. C. C. M.*)

13. Extensión y límites del derecho fundamental a la propia imagen.—La dimensión pública de una persona no legitima la explotación de su imagen con fines comerciales o publicitarios (SSTS de 26 de enero y 5 de octubre de 1990). Al tratarse de un derecho fundamental, sólo puede verse limitado por otro derecho de la misma naturaleza como es el de información, el cual, en ningún caso, incluye la captación y difusión de la imagen de personas con notoriedad pública, para explotar el derecho patrimonial de aquélla. (**STS de 1 de abril de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Panini, S. p. A.* imprime una serie de álbumes y cromos con la imagen de distintos futbolistas profesionales. Ulteriormente, *Panini España, S. A.*, procede a la comercialización y explotación de aquéllos. Los futbolistas cuya imagen se exhibe en los cromos, consideran vulnerado su derecho a la propia imagen, razón por la cual y junto con la Asociación de Futbolistas Españoles interponen demanda contras las citadas entidades, siendo parte además en el proceso el Ministerio Fiscal. Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia estima, parcialmente, la demanda, condenando a las demandadas al pago de una indemnización a los actores, junto con otras medidas tendentes a evitar lesiones futuras del citado derecho fundamental. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por las condenadas. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

14. Libertad de expresión. Insulto y vejación.—El insulto personal, la vejación injusta y el menosprecio grave, no puede estar nunca amparado por el derecho esencial de la libertad de expresión, puesto que, en caso contrario, se generaría una sociedad infame, en la que la convivencia se degradaría a unos límites intolerables, tanto en el aspecto no sólo cultural, sino también en el que mínimamente exige una intercomunicación humana precisa para calificar como civilizada a una agrupación social.

Por ello, hay que tender a repeler tales aberraciones, no solo evitando su protección, sino también procurando su condenación. Así, las expresiones calificativas y base de la pretensión de la parte actora («carota», «caradura», «sinvergüenza»...) deben estimarse como de un carácter ciertamente vejatorio e insultante, que nunca debe estar amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Tampoco debe estimarse infringido el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, ya que los parámetros fijados en la sentencia recurrida –reiteración en el insulto, importancia del territorio de distribución de la revista y relevancia política del afectado– son lógicos y ponderados para fijar la cantidad indemnizatoria de la sentencia. (STS de 25 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los Alcázar de San Juan, conoció la demanda sobre protección de derechos fundamentales de la persona, la cual fue estimada parcialmente por Sentencia de 29 de enero de 1997, al considerar que se había violado el honor, la dignidad y el derecho a la propia imagen del actor. Interpuesto recurso de apelación contra esta decisión, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictó sentencia desestimatoria en fecha 13 de junio de 1997, razón por la que se presenta recurso de casación con apoyo en un único motivo: al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción del artículo 20 CE, así como de los artículos 2, 8 y 9.3 de la Ley Orgánica sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, e infracción del artículo 523 LEC y jurisprudencia al respecto. (*J. L. B.*)

15. Nombramiento de tutor en la sentencia de incapacitación.– Declara el TS en diversas sentencias (entre otras, SSTs de 22 de julio de 1993 y de 4 y 8 de marzo de 2003) que, siempre y cuando se haya solicitado, es procedente decidir en una misma sentencia no sólo la declaración de incapacidad, sino también el nombramiento de tutor (pronunciamiento que, de hecho, recogen actualmente los arts. 759.2 y 760.2 LEC). Esto no sólo responde a un principio de economía procesal, sino que contribuye, además, al beneficio del incapacitado, que debe presidir siempre la designación de tutor. (STS de 20 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–Don F. V. F. sufre esquizofrenia paranoide. Su madre insta procedimiento de incapacitación en el que solicita que se le nombre tutora del mismo. Pese a que no existe oposición por el hermano de don F. V. F., y pese a que la demanda es estimada, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación, alegando la inadecuación del procedimiento, al haberse acumulado la acción para declarar la incapacidad y la dirigida a constituir el régimen de tutela. Este recurso es desestimado, al igual que lo es el recurso de casación que interpone a continuación el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia. (*A. M. M.*)

16. Defensor judicial. Nombramiento en juicio sobre filiación extramatrimonial.–La representación legal de los padres, con relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se comprueba la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo, el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, la

actuación de los representantes ponga en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos. En el caso de la reclamación de filiación no matrimonial verificada por el padre que pretende el reconocimiento de la paternidad, existirá un conflicto entre los intereses de la madre y los de la hija, cuando la primera se niegue a establecer la realidad que sea procedente sobre la paternidad.

Defensor judicial. Nombramiento de oficio.—Conforme a lo establecido en 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 hace. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. De hecho, en atención a lo previsto en el artículo 300 CC, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. Por último, según el TS (SSTS de 10 de marzo de 1994 y 7 de noviembre de 2002), cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúe judicialmente debe probar que lo hace así. (STS de 4 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. O. mantiene relaciones sentimentales con doña E. C. L., fruto de las cuales nació una hija que fue inscrita en el Registro Civil con el nombre de C. V. C. L. Posteriormente, don A. A. O. ejercita una acción de reclamación de filiación no matrimonial contra doña E. C. L. y su hija menor de edad. Doña E. C. L., en su propio nombre y derecho, se opone a ésta; asimismo, se niega a la realización de pruebas biológicas, dado que someter a su hija a tales pruebas podría suponer una vulneración de los derechos de intimidad e integridad personal.

El Juzgado de Primera Instancia acoge las peticiones del escrito inicial y declara la paternidad de don A. A. O. sobre la menor C. V. C. L. con todos los efectos y derivaciones legales de una filiación no matrimonial. Esta sentencia es revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El TS, de oficio, decreta la nulidad de las actuaciones para permitir la intervención en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia. (M. C. C. M.)

17. Doctrina del levantamiento del velo: finalidad y supuestos.—La técnica y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades o entidades con personalidad jurídica propia es una respuesta al conflicto entre seguridad jurídica y justicia basada en la equidad y en el principio de buena fe. La finalidad de esta doctrina consiste en evitar que la ficción legal de la personalidad jurídica sea utilizada perjudicando intereses privados o públicos o como medio para defraudar. Se admite de este modo que los jueces puedan «levantar el velo jurídico» penetrando en el interior de esas personas para evitar el abuso de la independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra interés de los socios. Se pretende, pues, evitar un mal uso de su personalidad, un ejercicio antisocial de su derecho.

Renuncia a un derecho. Requisitos.—Para que unos actos puedan ser interpretados como de renuncia a un derecho deben ser claros, terminantes e

inequívocos. En el caso concreto, no supone renuncia a la percepción de los honorarios el que el aparejador autorizase a despachar el certificado final de obra sin liquidar los honorarios.

Motivo de casación. Valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.—Es reiterada la doctrina de la Sala 1.^a del TS que no permite atacar el resultado alcanzado a través de una valoración conjunta de la prueba, aislando uno de los medios probatorios utilizados. Tampoco cabe en casación atacar la valoración de la prueba testifical hecha en la instancia. (STS de 25 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hotelera Almaraz, S. A.*, celebra un contrato de arrendamiento de servicios con el aparejador J. C. O., socio y consejero de la empresa constructora con la que aquélla había concertado la ejecución de las obras en relación con las que J. C. O. ejerció sus funciones.

El *Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Valladolid* interpone demanda contra *Hotelera Almaraz* reclamando los honorarios devengados por el colegiado J. C. O.

La demandada se opone alegando la existencia de un pacto con la empresa constructora en virtud del cual ésta asumía el pago de los honorarios del aparejador.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, resolución que es revocada por la Audiencia. La sentencia de apelación se fundamenta, por una parte, en la falta de prueba del pacto aducido por la demandada y, por otra, en el principio de relatividad de los contratos: considera la Audiencia que aun cuando el pacto entre la demandada y la empresa constructora hubiera existido, no desvirtuaría la obligación de pago de los honorarios del aparejador asumida por *Hotelera Almaraz* en la hoja de encargo en que se documentó el contrato de arrendamiento de servicios, pues J. C. O. no fue parte ni aceptó o asumió el acuerdo que, por ello, no puede afectarle. La demandada recurre en casación. (B. F. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

18. Contrato de adhesión. Concepto.—La doctrina lo define como aquel en el que una de las partes fija el contenido contractual sin posibilidad de que sea discutido, de manera que sólo cabe aceptar pura y simplemente las cláusulas determinadas o no contratar. Similar definición encontramos en la jurisprudencia, que distingue entre *libertad de contratar*, entendida como libertad de celebrar o no el contrato; y la *libertad contractual*, que es la posibilidad de que ambas partes negocien las cláusulas contenidas en el contrato (SSTS de 28 de noviembre de 1997 y 13 de noviembre de 1998).

Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos.—Según la jurisprudencia son los siguientes: Primero: Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato, respecto de las que concurren al tiempo de su cumplimiento. Segundo: Desproporción exorbitante entre las prestaciones debidas por ambas partes. Tercero: Que todo ello acontezca por circunstancias sobrevenidas, que resulten radicalmente imprevisibles (SSTS de 15 de noviembre de 2000 y 27 de mayo de 2002, entre otras).

La mera ausencia de respuesta ante una oferta, no equivale a la aceptación.—La doctrina jurisprudencial no mantiene la regla de *qui tacet videtur consentire* (el que calla otorga), sino que, por el contrario, exige para interpretar tal asentimiento, que se pueda y deba responder (SSTS de 18 de marzo de 1994, 17 de noviembre de 1995 y 29 de febrero de 2000). Esto significa que el silencio no equivale a una declaración de voluntad, salvo que exista obligación de contestar por parte del que calla; o pueda ser entendido aquel silencio como contrario a la buena fe o lealtad negocial (SSTS de 22 de noviembre de 1995 y 29 de febrero de 2000). (STS de 21 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Coplain, S. A.*, y *Compañía de Petróleos, S. A.* (Cepsa), celebran un contrato de ejecución de obra. Una vez cumplidos los términos del contrato, *Coplain, S. A.*, reclama a Cepsa una serie de cantidades adicionales por distintos conceptos. El Juzgado de Primera Instancia absuelve a la demandada. Por su parte, el Tribunal Provincial desestima el recurso de apelación formulado contra aquella sentencia. Finalmente, el TS rechaza todos los motivos aducidos en casación, declarando, por tanto, no haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

19. Inaplicación de cláusula penal por incumplimiento de ambas partes siendo la obligación bilateral.—La cláusula penal que se analiza es una cláusula penal, con función liquidadora, pena sustitutiva de la posible indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1152 CC, a lo que cabe añadir que se trata de una típica cláusula penal moratoria, prevista específicamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra en el plazo fijado.

Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional. Por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como *necesidad de cumplimiento simultáneo*, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la del deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado —obligación recíproca— y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100, último párrafo, CC, que establece la compensación en caso de mora.

Éste es el caso presente. Las sentencias de instancia han apreciado el incumplimiento de la obligación (bilateral) de pago por parte del comitente demandado y le han condenado al pago. Al tiempo, han aplicado al contratista demandante la cláusula penal por su incumplimiento de la obligación (bilateral) de ejecutar la obra en el plazo previsto. Con ello, han quebrantado el sinalagma propio de estas obligaciones bilaterales, al ignorar que no puede exigirse a una parte —el contratista— el cumplimiento (y, por ende, sí incum-

ple imponerle la pena convencional), si la otra parte –el comiente– no ha hecho cumplimiento de su respectiva obligación bilateral.

La sentencia de instancia ha infringido los artículos 1100 CC y 1124 en relación con la *exceptio non adimpleti contractus* al no haberla tenido en cuenta, los artículos 1152 y 1154 CC al aplicarlos incorrectamente y la jurisprudencia sobre este tema.

Responsabilidad de administradores de sociedad de responsabilidad limitada.—Tal como dice la S de esta Sala, que recoge numerosa jurisprudencia anterior, de 20 de diciembre de 2000: «para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad que constituye el objeto del proceso es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño (arts. 133.1 y 127 LSA). La doctrina jurisprudencial, tanto bajo el régimen de la LSA de 1951, como en el vigente TR de 1989, viene exigiendo la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche (SS, entre otras, de 12 de abril de 1989, 11 de octubre de 1991, 16 de junio de 1992, 25 de mayo de 1993, 26 de julio de 1994, 21 de noviembre de 1997 y 29 de abril de 1999), de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (entre las más recientes, SS de 16 de febrero y 6 de octubre de 2000). Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso». (STS de 4 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por la parte demandante en la instancia, el contrastista empresario individual don D. P. P., se ejercitó una triple acción, derivada de la ejecución de la obra objeto de contrato de obra; de reclamación de cumplimiento de la obligación de pago del precio que restaba por satisfacer; de reclamación del pago de las mejoras y ampliaciones de la obra, no previstas en el contrato; de pago de los gastos bancarios por devolución de las letras de cambio que resultaron impagadas. La acción se ejercitó contra la entidad comitente *Magocasa, S. L.*, y contra tres administradores de la misma. La reconvencción ejercitada por la parte demandada ha sido desestimada, aquietándose dicha parte, no siendo objeto de casación.

Las sentencias de instancia han estimado, parcialmente, las tres acciones ejercitadas. El recurso de casación lo ha interpuesto la parte demandante, en un doble sentido: primero, se le ha aplicado la cláusula penal moratoria, aunque moderada judicialmente, por lo que se opone a ello alegando que el comitente incumplió la obligación de pago del total del precio y a ello le dedica los motivos primero a cuarto; segundo: se ha desestimado la acción frente a los administradores de la sociedad anónima, por lo que insiste en su petición de condena y a ello dedica los motivos quinto y sexto. (A. G. B.)

20. Imposibilidad de compensación por falta de un previo pronunciamiento judicial.—La compensación es inaceptable por las siguientes razones: a) la petición de indemnización de daños y perjuicios fundada en culpa contractual o extracontractual no puede formularse, como se hace en la contestación de la demanda, como una excepción perentoria o de fondo a la

pretensión de la actora, sino que exige, indefectiblemente, el ejercicio de la correspondiente acción que pueda dar lugar al pertinente pronunciamiento judicial; ejercicio de la acción indemnizatoria que no se ha dado en este caso en que el demandado no ha formulado reconvencción alguna; b) la falta de un previo pronunciamiento judicial impide afirmar que la aquí actora-recurrida sea deudora de la recurrente y, menos aún, de la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible a cargo de la recurrida ya favor de la recurrente, que pueda ser compensada con la exigida en la demanda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1195 y 1196 del CC. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*DSM España, S. A.*, celebró un contrato de fianza de máximo con *Corporación Industrial Ardagan, S. A.* Con posterioridad, *DSM España, S. A.*, ante el impago del deudor afianzado por *Corporación Industrial Ardagan, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad más intereses moratorios contra la empresa fiadora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó, parcialmente, la sentencia de instancia, y estableció que el devengo de los intereses moratorios se iniciaba el día en que la obligación debía haberse cumplido. El demandado interpuso recurso de casación alegando la compensación de la cantidad reclamada por el acreedor. El demandado fundamentó la compensación de la deuda en los daños y perjuicios que le había ocasionado el demandante al no anunciarle el impago del deudor con la debida celeridad, ya que de haber conocido el impago del deudor habría compensado una deuda que tenía con él por la misma cantidad. El TS estimó, parcialmente, el recurso. (R. T. B.)

21. Requisitos de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.—El éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto sea de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida y haga la obra impropia para satisfacer el interés del comitente. En consecuencia, esta excepción no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carece de suficiente entidad en relación con el bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida. Los principios de buena fe y de conservación del contrato no permiten, en este caso el ejercicio de la acción resolutoria, sino sólo la vía reparatoria, bien mediante la realización de las reparaciones necesarias, bien a través de la correspondiente reducción del precio. Además, se exige que la parte demandada oponga reconvencción en la que solicite o bien la reducción del precio o bien la dicha reparación de los defectos. Dado que la sociedad cooperativa demandada se limitó en su contestación a la demanda a pedir su desestimación y no ejercitó acción reconvenccional solicitando la reparación de los defectos apreciados, no procede estimar el recurso de casación. (STS de 21 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Frau Ibérica, S. A.*, vendió e instaló a la empresa *La Fageda de trabajadores minusválidos, Sociedad Cooperativa R. L.*, una planta completa para la elaboración de derivados de la leche. Ante la falta de pago de las máquinas instaladas,

la vendedora interpuso demanda contra la sociedad *La Fageda*, en la que solicitaba el pago de la cantidad adeudada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Girona. La empresa vendedora interpuso recurso de casación ante el TS, que fue estimado, ya que el TS considera que la demandada no ejercitó acción reconvenicional en la que solicitase la reparación de los defectos o una rebaja en el precio. (M. V. V.)

22. Prioridad de la regla de interpretación del artículo 1281 CC.—Se decía, entre otras, en Sentencia de 18 de julio de 2002: «Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del Código civil, 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 la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal».

Resolución del contrato por incumplimiento.—El apelante-demandado debió cumplir con su obligación de pago del resto del precio el día 15 de junio de 1989, transcurrido el término del nuevo aplazamiento, habiendo exteriorizado una voluntad manifiesta de no pagar frente a los diversos requerimientos de los vendedores y, por ello, se ha incumplido de modo intencional y grave con sus obligaciones, frustrando la finalidad económica del contrato suscrito con grave quebranto de los intereses económicos de los vendedores que se han visto privados de la mayor parte del precio de venta, por lo que concurren los requisitos exigidos en el artículo 1124 CC, para resolver el contrato a instancias de la parte cumplidora. (STS de 18 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 15 de febrero de 1989, A. L. L. y otros formalizaron un contrato privado de compraventa a través del que vendieron dos solares a J. E. O. El comprador pagó parte de la finca en el momento de la formalización del contrato, y acordó con la parte vendedora que el resto lo iba a pagar en un plazo de sesenta días. En fecha 15 de febrero de 1989, los contratantes por medio de un anexo modificaron el contrato anterior y establecieron que el comprador debía pagar el resto del precio cuando los solares obtuviesen la calificación definitiva, que se debía realizar como máximo el día 15 de junio de 1989. Llegado el día 15 de junio de 1989, la parte compradora se negó a pagar el resto del precio de las fincas y alegó la no calificación de éstas como urbanizables. Ante el impago, la parte vendedora interpuso demanda contra la compradora y las sociedades *Edificaciones y Proyectos Urbanizables, S. A.*, e *Industrias Estgar, S. L.*, solicitando la resolución del contrato y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó, parcialmente, el recurso de apelación. La compradora interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 1281 CC. El TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar

que no se podía equiparar el término «calificación» que aparecía en el anexo del contrato con el otorgamiento de una licencia para edificar. (R. T. B.)

23. Resolución del contrato por incumplimiento de obligación accesoria expresamente convenida.—Para que proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato. Ahora bien, en el caso enjuiciado, el incumplimiento de la obligación por el contratista de suscribir un seguro de responsabilidad civil y de estar al día en el pago de los salarios y cotizaciones de la Seguridad Social, fue elevado expresamente, a la condición de causa resolutoria del contrato, por lo que ha de estarse a lo libremente pactado. (STS de 11 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 28 de agosto de 1989, *Pryocan, S. L.*, formalizó un contrato de arrendamiento de obras con *Philip Morris España, S. A.* En fecha 4 de junio de 1991 *Philip Morris España, S. A.*, a instancia del Notario declaró la resolución del contrato de arrendamiento de obra por incumplimiento de la contratista. Ante ello, *Pryocan, S. L.*, interpuso demanda contra *Philip Morris España, S. A.*, solicitando la nulidad de la resolución del contrato de obra. La demandada formuló reconvenición solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista. El Juzgado de Primera Instancia declaró la resolución del contrato. La Audiencia Provincial revocó, parcialmente, la sentencia de la instancia y condenó a *Philip Morris España, S. A.* a pagar la cantidad de 14.033.188 pesetas. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la contratista. (R. T. B.)

24. Donación en fraude de acreedores.—De acuerdo al párrafo primero del artículo 1297 CC, las transmisiones gratuitas se presumen hechas en fraude de acreedores, presunción que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de *iuris et de iure*, esto es, que no admite prueba en contrario.

Subsidiariedad de la acción de rescisión.—El artículo 1294 CC dispone que la acción de rescisión es subsidiaria y que sólo podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. La acción solidaria que se hubiera podido ejercitar contra la hija donataria (siempre que los sujetos pasivos —madre e hija— hubiesen optado por la tributación conjunta, que no es el caso) hubiera conducido al mismo resultado, de vincular el pago de la deuda al único bien conocido, esto es, el bien donado. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En agosto de 1994, la señora M.^a T. L. F. otorgó donación de la vivienda de la que era propietaria a favor de su hija. Desde hacía dos años la señora L. F. era objeto de expediente administrativo de apremio por la Administración Tributaria, situación conocida por ella. Se embargó la finca como resultado de dicho

procedimiento pero la providencia de embargo fue anulada por no existir bienes en el patrimonio de la expedientada. La Administración Tributaria interpuso demanda en la que reclamaba la revocación de la donación celebrada, a su entender, en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia decretó la rescisión de la donación por entender acreditado que la donante carecía de otros bienes para hacer frente a sus obligaciones tributarias, y que, por tanto, la misma se había hecho en fraude de acreedores. La señora L. F. interpuso recurso de casación que fundó en la infracción de los artículos 1297, 643 y 1294 CC. El TS declara no haber lugar a dichas peticiones. (E. C. V.)

25. *Dies a quo* de la acción revocatoria o pauliana.—El artículo 1299 CC señala un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana y, según la jurisprudencia más antigua, el *dies a quo* para ejercitar esta acción es el día de la celebración del contrato. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no se ha mantenido, ya que, como manifiesta la STS de 4 de septiembre de 1995, «se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento, que, como hablamos de “posibilidad legal” siempre sería desde la inscripción en el Registro», ya que es en esta fecha cuando se hace público el acto fraudulento y vincula al acreedor. En consecuencia, la fecha a la que se atribuye la publicidad del acto fraudulento es el de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad y no se puede referir a otro como sería el asiento de presentación, ya que la parte perjudicada tiene noticia completa del acto con naturaleza defraudatoria con la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto o contrato defraudatorio. Además, se debe tener presente que la publicidad del asiento de presentación a que se refiere el artículo 230 de la LH sólo tiene efectos hipotecarios.

El carácter subsidiario de la acción revocatoria o pauliana.—Para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 1294 CC, entre los cuales tiene un carácter esencial la subsidiariedad de esta acción. En consecuencia, esta acción sólo podrá ejercitarse cuando el acreedor no pueda cobrar por otros medios lo que se le debe, es decir, carezca de otro recurso legal para obtener la reparación. Esto no se produce si la entidad bancaria acreedora no prosigue el apremio de las participaciones sociales que correspondían a los deudores.

El carácter embargable de las participaciones sociales.—Las participaciones sociales de las sociedades limitadas son embargables, ya que aunque la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953 no dispusiera nada al respecto, el artículo 1911 CC dispone que el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Además, el artículo 174 CCO concede a los acreedores de los socios el derecho de embargar los beneficios del socio en la sociedad y la cuota de liquidación. Finalmente, dada la regulación mínima que se hacía de las sociedades limitadas en la citada Ley de 1953, se aplicaban a este tipo de sociedades, de forma complementaria, los preceptos de la Ley de sociedades anónimas, que preveía el embargo de las acciones. Por otra parte, no es obstáculo para la ejecución forzosa de las participaciones sociales el hecho de que existan terceros que gocen de derecho de adquisición preferente de las mismas. (STS de 8 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Santander Central Hispano* concedió un crédito al matrimonio formado por el Sr. P. T. D. P. y la Sra. B. M. H. En el momento de celebrarse este contrato, el matrimonio tenía en su patrimonio la propiedad de 44 fincas. El 19 de junio de 1990, el matrimonio constituyó la sociedad limitada *Construcciones y Promociones Valois*, de la cual eran los únicos socios y a la que aportaron la mayoría de su patrimonio inmobiliario. En 21 de junio de 1990 se inscribió en el Registro de la Propiedad el asiento de presentación de la celebración de este negocio jurídico, que no fue inscrito hasta el 21 de julio de 1990. Cuando el Banco intentó cobrar el crédito a través de juicio ejecutivo, el Registrador le denegó la anotación de embargo de las fincas porque ya no eran propiedad de los deudores. Tras resultar frustrado el embargo de las fincas, el Banco consiguió la traba de las participaciones sociales que correspondían al matrimonio dentro de la referida sociedad. Sin embargo, no prosiguió el apremio y alegó que las participaciones sociales eran inembargables. El 19 de julio de 1994, el *Banco Santander Central Hispano* presentó demanda contra los señores P. T. D. P. y B. M. H. y la sociedad *Construcciones y Promociones Valois*. En esta demanda, el actor solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de las aportaciones realizadas por el matrimonio a dicha sociedad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que había caducado el plazo de ejercicio de la acción rescisoria. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Interpuesto recurso de casación por la actora, el TS declara haber lugar al recurso y, analizando el fondo del asunto, desestima la demanda al considerar que la acción rescisoria no reunía el requisito de la subsidiariedad.

NOTA.—El TS estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes al considerar que la acción revocatoria no había caducado, ya que no había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1299 CC. Este artículo no prevé, sin embargo, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción pauliana. Anteriormente algunas resoluciones judiciales entendían que éste era el día de la enajenación fraudulenta. Estas resoluciones se fundamentaban, en parte, en el segundo párrafo del artículo 37.4 LH, que dispone que la acción revocatoria no perjudica a terceros si «no se hubiera entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta». Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido abandonada por el TS, que actualmente considera como día inicial para el cómputo del plazo previsto en el artículo 1299 CC, el día en que sea posible tener conocimiento de la enajenación fraudulenta [STS de 4 de septiembre de 1995 (RJ 1995,6490) o STS de 30 de mayo de 2003 (RJ 2003,5324), entre otras]. En la sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7251), el TS declara que la regla del segundo párrafo del artículo 37.4 LH es una regla especial, limitada sólo a aquellos casos de subadquirente, que a pesar de haber inscrito la adquisición del inmueble en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido conforme a lo dispuesto en las letras *a*) y *b*) del artículo 37.4. Por tanto, según el TS, en el resto de casos que se ejercite la acción revocatoria rige la regla general del

artículo 1969 CC, de acuerdo con el cual «la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquélla se funda», posibilidad que nace, como ha reiterado el TS, cuando se realiza la inscripción de la enajenación fraudulenta en el Registro de la Propiedad [STS de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10407) y STS de 17 de julio de 2000 (RJ 2000, 5932)]. En el caso analizado, dado que no se trata de un supuesto de subadquirente y se debe aplicar la regla general del artículo 1969 CC, el TS estima, correctamente, que el plazo para el ejercicio de la acción revocatoria no había caducado. (M. V. V.)

26. Créditos a favor de la Seguridad Social.—Una concreta sociedad de arrendamiento financiero constituyó una hipoteca sobre una finca delimitada propiedad de una determinada empresa. La Tesorería General de la Seguridad Social procedió posteriormente al embargo de tal inmueble, por causa de impago de cuotas de la Seguridad Social.

En tal caso, no podemos olvidar que los créditos a favor de esta última institución, tienen el carácter *ab initio* de preferentes, preferencia lógica, pues se trata de garantizar un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad. La base legal para tal calificación de preferencia se encuentra en el artículo 26 de la Ley general de la seguridad social, Texto Refundido promulgado por Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994.

Conforme a estos argumentos, resulta inaceptable la tesis planteada por la parte recurrente en este litigio para hacer valer su preferencia crediticia, ya que trata de establecer el carácter general o normal de los créditos que esgrime en su pretensión la Tesorería General de la Seguridad Social. (STS de 6 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Alcañiz, conoció la demanda de tercera de mejor derecho seguido a instancia de la *Tesorería General de la Seguridad Social* contra una sociedad de arrendamiento financiero y una empresa concreta. Admitida a trámite la citada demanda, se desestima con fecha 20 de marzo de 1997, razón por la que se interpone la correspondiente apelación que es resuelta por la Audiencia Provincial de Teruel, medianamente sentencia de 25 de julio de 1997, de forma estimatoria. Finalmente, se presenta recurso de casación por la sociedad de arrendamiento financiero, al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 42.2 y 44 LH y 1923.4 CC, así como de la jurisprudencia relativa a este último. (J. L. B.)

27. Competencia de la jurisdicción civil.—El suplico de la demanda inicial, transcrito en el primer fundamento de esta resolución, pone de manifiesto que en este proceso se están ejercitando acciones de naturaleza exclusivamente civil nacidas de un contrato de esa clase, no obstante estar sometido, en ciertos aspectos como es la fijación de tarifas y precios, a normas administrativas. No se trata, en el litigio de declarar la validez o nulidad de un acto administrativo sobre la atribución a la actora de la condición de distribuidora de energía eléctrica, materia de la competencia de las Autoridades

administrativa (*sic*) y, judicialmente, de los órganos del orden contencioso-administrativo, sino, se repite, del ejercicio de acciones de naturaleza civil cuyo conocimiento compete a los órganos judiciales del orden civil. En consecuencia, procede la estimación del motivo y con ella, la del recurso y casación de la sentencia recurrida.

Interpretación jurisprudencial de la figura jurídica de la cesión de contrato.—Falta de una regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión de contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala (SS de 12 de julio de 1927, 1 de julio de 1949, 26 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994) según la cual la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se produce una conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual (S de 9 de diciembre de 1997). En el caso ahora enjuiciado, no consta que el contratante cedido haya prestado su consentimiento a la «subrogación» habida por lo que los demandados no resultan vinculados por los pactos habidos entre el Grupo Sindical de Colonización núm. 980 y *Eléctrica de Azuel, S. L.*, sin perjuicio de la fuerza obligacional que entre éstos tengan. Carece, por tanto, la actora *Eléctrica Azuel, S. L.*, de legitimación para peticionar frente a los demandados con base en el contrato de 27 de octubre de 1955. (STS de 28 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Grupo Sindical de Colonización* núm. 980 e *Hijos de don Martín Pozo Díaz* celebraron un contrato en octubre de 1955 por el cual se fijaban determinadas cláusulas económicas de distribución eléctrica. En el año 1982 se produjo la extinción del mencionado Grupo Sindical constituyéndose en 1994 la sociedad *Eléctrica Azuel, S. L.* La *Entidad Eléctrica Martín Silva Pozo, S. L.*, y don M. S. P. consideraron extinguido el contrato celebrado en 1955. Por el contrario, *Eléctrica Azuel, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Montoro al considerarse como sucesora del Grupo Sindical y, en consecuencia, afirmaba la validez del contrato suscrito en 1955. El Juzgado estimó en todos sus pedimentos la demanda y declaró la plena eficacia del mencionado contrato. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Córdoba revocó la sentencia de instancia y declaró la incompetencia de la jurisdicción civil en favor de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Interpuesto recurso de casación por *Eléctrica Azuel, S. L.*, el TS estimó el recurso al considerar la competencia de la jurisdicción civil pero, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, desestimó la demanda. (A. S. C.)

28. Ley de 27 de julio de 1968: compraventa de vivienda futura. Resolución del contrato.—Se alega que no se había emitido sentencia firme decretando resolución contractual al tiempo de la presentación de la demanda, lo que hace ineficaz el aval discutido.

A este respecto, recuerda la sentencia que el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, lo que trata es de garantizar al comprador de vivienda futura la devolución de las cantidades que anticipó, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llega a buen fin por cualquier causa, que es el supuesto de autos. La garantía debe prestarla por medio de contrato de seguro o por medio de aval, que se establece como solidario, a cargo de entidad bancaria y para que resulte operativa es preciso que se den los supuestos fácticos que se dejan reseñados, en cuyo caso el comprador está facultado, por la opción que la ley le concede, para rescindir el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por ciento de interés anual (S de 15 de noviembre de 1999).

La resolución del contrato, lo que impone es integrar el *factum*, tuvo lugar en forma extrajudicial por vía notarial el 21 de noviembre de 1991, y a la vez, seguidamente, se produjo la judicial por sentencia anterior a la presentación de la demanda, y aunque resultase firme, posteriormente esto no es impositivo para la ejecución del aval cuando concurren los supuestos fácticos que establece el artículo 1 de la Ley 57/1968 y que la sentencia recurrida concreta a incumplimiento único del vendedor como hecho que resultó probado.

La norma no exige precisamente que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni tampoco supedita la operatividad del aval a la misma, pues el artículo 3 contiene la expresión de que el comprador podrá optar por la rescisión contractual, con lo que esta no se presenta imperativa. Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa como presupuesto que facilita la devolución de cantidades anticipadas. En el caso presente tal situación incumplidora ha quedado precisada a la no terminación de la vivienda vendida en construcción por haberse paralizado las obras sin causa justificada y por tanto, se está ante supuesto de construcción que no alcanzó buen fin, es decir, el previsto y pactado en el contrato de adquisición.

No se presenta solución satisfactoria, teniendo en cuenta lo que se ha dicho, es decir la concurrencia probada de incumplimiento acreditado y ratificado por las resoluciones judiciales, imponer a la demandante plantear nueva demanda, cuando demostró que se dan los supuestos exigidos legalmente para obtener el reintegro de lo anticipado que ampara el aval discutido. (STS de 9 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante mediante contrato privado de 10 de marzo de 1989 suscrito con la promotora *Residencial Villas Atlánticas, S. A.*, adquirió un chalé en construcción, por el precio de cincuenta millones de pesetas, habiendo abonado la cantidad de 37.500.000 pesetas. La entidad bancaria recurrente había prestado aval en fecha 11 de marzo de 1989 por medio del cual aseguraba la devolución de las cantidades anticipadas hasta la suma de 35.000.000 de pesetas, cantidad ésta que se reclama en primera instancia, ante la paralización injustificada de las obras constructivas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada en apelación. (A. G. B.)

29. Doble venta. Indemnización de daños y perjuicios al comprador que no adquiere la propiedad del inmueble: determinación de los criterios para fijar su cuantía.—La Sala I.^a del TS considera adecuado que para fijar el *quantum* de la indemnización de daños y perjuicios, que debe abonarse al comprador que no adquiere la propiedad de la cosa objeto de la doble venta, se acuda a la pauta que señala el artículo 1478 CC para los casos de evicción de la cosa vendida.

Cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios: competencia del tribunal de instancia.—Afirma el TS que se trata de una cuestión que «se integra dentro de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad» y que al ser materia reservada al tribunal de instancia no puede ser objeto de recurso de casación, salvo en casos de evidente y notorio error de hecho (STS de 28 de noviembre de 1992) o cuando el juzgador de instancia resuelva la cuestión de forma caprichosa, desorbitada o injusta (STS de 26 de noviembre de 1993). (STS de 15 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Construcciones Siero, S. A.* (compradora de un terreno), interpone demanda contra la sociedad *Construcciones Arié, S. A.* (vendedora), y la entidad mercantil *Aquiles II, S. A.* (adquirente de la propiedad del citado terreno en virtud de un contrato de compraventa suscrito con la sociedad *Construcciones Arié, S. A.*), suplicando, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se condene al primero de los demandados a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la doble venta del terreno.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la entidad demandada *Aquiles II, S. A.*, y estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

30. Compraventa. Artículo 1502 CC.—Si bien en el recurso planteado en este caso se argumenta que no puede estimarse la acción resolutoria ejercitada por el vendedor si, aun habiendo incumplido el comprador, dicho incumplimiento no le es imputable por mediar una justa causa, entendiéndose por tal cualquiera que razonablemente justifique la actitud incumplidora del comprador, considera el TS que tal motivo tiene más incidencia en el ámbito del artículo 1124 CC, y no en el 1504 del mismo cuerpo legal, al ser el primero el que propiamente regula la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento.

Asimismo, debe entenderse que, en alusión a las alegaciones del recurrente, no puede condicionarse el pago de la totalidad del precio aplazado al tema de la legalización de la superficie de regadío o pozos de riego y, por otro lado, resulta igualmente desproporcionado e irrazonable dejar de pagar toda la cantidad aplazada, siendo su importe tan elevado, por un aspecto que, de ser cierto, ni se corresponde, ni menos justifica la actitud adoptada. Del mismo modo, se mezclan en el recurso preceptos heterogéneos junto a una deficiente interpretación del artículo 1502 CC, ya que la perturbación en la explotación a la que se alude, nada tiene que ver con una acción hipotecaria o

reivindicatoria, argumentos estos que hacen inaceptable la reclamación presentada.

Por otro lado, es evidente que la función de la casación no es investigar si en las actuaciones hay un soporte fáctico suficiente para fundamentar las alegaciones que se hacen en el recurso, ya que el recurso extraordinario no es, ni mucho menos, una tercera instancia. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete, suplicando que se declare la obligación de los demandados de otorgar escritura pública de compraventa de unas fincas concretas, señalando que están libres de toda carga y gravamen. Asimismo, se interpone demanda frente a estos demandantes iniciales, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete, suplicando dar por resuelto el contrato de compraventa suscrito con anterioridad, condenando a la demandada en este caso, a la devolución de la finca que ha venido ocupando y explotando, mediante la reposición en su posesión a sus propietarios, y decretándose igualmente que, en compensación por los frutos cosechados y obtenidos como consecuencia de la disposición de la finca, se establezca no haber lugar a devolución alguna sobre la cantidad que las demandadas entregaron inicialmente como parte del precio del contrato de compraventa que pactaron. Solicitada la acumulación de ambos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete dictó Auto de fecha 4 de enero de 1995, dando lugar a la acumulación solicitada. Por las representaciones de ambas partes, se evacuó el trámite de réplica y dúplica, ratificándose respectivamente en el suplico de sus escritos iniciales. El Juez dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 1996, desestimando la demanda inicial y estimando la demanda acumulada. Interpuesto recurso de apelación por los condenados, la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, dictó sentencia desestimatoria, con fecha 15 de mayo de 1997. Finalmente, se interpone recurso de casación, al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción del artículo 1504 CC, sólo y en relación con el 1502 del mismo cuerpo legal, y por vulnerarlo asimismo, al no haberse considerado los artículos 1469 y 1218 CC, en relación con la DT 3.ª de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y con los artículos 194 y 196 del Real Decreto 8497/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico. (*J. L. B.*)

31. Contrato de suministro. Distinción con el contrato de compraventa.—Tanto si se considera que tal contrato [el de suministro] es una variante de la compraventa, como si se lo califica como contrato distinto pero afín al mismo, se deben aplicar normas de éste, del Código de comercio si es mercantil, como en el presente caso. Tal como dice la S de 7 de febrero de 2002, «la calificación jurídica de la situación fáctica descrita parte del concepto de contrato de suministro, que, como dice la S de esta Sala de 8 de julio de 1988, no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en su defecto,

por la normativa de la compraventa (arts. 1445 ss. CC y, en su caso, si es mercantil, 325 ss. CCO) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables. En este sentido, son de ver las SS de 20 de mayo de 1986, 10 de septiembre de 1987, la citada de 8 de julio de 1988 y, por último, la de 28 de febrero de 1996». Es esencial la obligación del suministrado-comprador de pago del precio, conforme al artículo 339 CCO, con los intereses, artículo 341 CCO, siendo la jurisprudencia más reiterada la que se refiere a la reclamación del cumplimiento de tal obligación; así, sentencias, entre otras, de 21 de septiembre de 1998, 17 de abril, 25 de noviembre de 1999, y 1 de julio de 2000. Asimismo, los artículos 336 y 342 CCO imponen unos breves plazos con relación a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, que se aplican igualmente al contrato de suministro. (STS de 3 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Deceunink Ibérica, S. A.* celebró un contrato de suministro con la también mercantil *Ideplast, S. A.* En virtud de este contrato, la primera sociedad se comprometía a proveer a la segunda de cloruro de polivinilo. Ante el incumplimiento de la obligación del pago del precio por parte de *Ideplast, S. A.*, *Deceunink, S. A.* interpuso demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid. *Ideplast, S. A.* se opuso a la misma y formuló demanda reconvenzional solicitando una indemnización de daños y perjuicios al considerar que la empresa proveedora le suministró, además de con retraso, un material que tenía graves defectos. El Juzgado declaró acreditada la relación contractual, probada la entrega del material y demostrado el precio impagado y, en consecuencia, estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por *Ideplast, S. A.*, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

32. Derechos y obligaciones del arrendatario en el contrato de *leasing* financiero.—Aunque se permite la subrogación del arrendatario financiero en el lugar del comprador para hacer efectivo éste, como usuario del bien comprado por el arrendador, las acciones que a aquél le correspondan contra el vendedor, por el mal funcionamiento de la máquina, y por consiguiente existan evidentes conexiones entre ambos contratos la compraventa del bien y el arrendamiento financiero del mismo; sin embargo, la obligación de pago del arrendatario financiero se refiere exclusivamente al pago del canon o renta en la cantidad y en los períodos establecidos en el contrato de *leasing*, correspondiendo al arrendador y comprador de la máquina industrial que se va a ceder en arrendamiento pagar el precio de la compraventa al proveedor, y al arrendatario ha de satisfacer el canon o renta establecido en el contrato de *leasing*, porque la ajeneidad en lo que es materia de este proce-

dimiento que se refiere a la compraventa de la máquina industrial queda patente. (STS de 5 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Finansskandic Leasing, S. A.*, dedicada al arrendamiento financiero, en fecha 9 de marzo de 1990 celebró un contrato de compraventa, a través del que adquirió una máquina de offset a *Maquinarias Artes Gráficas Hartmann, S. A.* Con posterioridad, *Finansskandic Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero con *Artes Gráficas Vicent, S. A.*, por lo que *Maquinarias Artes Gráficas Hartmann, S. A.*, entregó la máquina de offset que había adquirido la empresa de *leasing*, a la arrendataria. *Finansskandic Leasing, S. A.*, incumplió con su obligación de pagar la totalidad del precio de la máquina de offset adquirida. Ante ello, la empresa vendedora interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Finansskandic Leasing, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó totalmente la demanda. El TS desestimó el recurso de casación. (R. T. B.)

33. Arrendamiento rústico. Requisitos para ser arrendatario: condición de profesional de la agricultura.—El TS afirma que aunque una explotación agraria y ganadera tenga carácter ganancial, la condición de profesional de la agricultura no puede atribuirse al cónyuge que no lleva de manera efectiva y directa dicha explotación. Y ello porque la condición de profesional de la agricultura se adquiere por el ejercicio de actividades agrícolas conforme a lo dispuesto en el artículo 15 LAR 1980 y no por ser cotitular de la sociedad de gananciales a la que pertenece la explotación agrícola, ganadera o forestal.

Arrendamiento rústico. Condición de profesional de la agricultura: carácter *intuitu personae*.—Afirma la Sala 1.^a del TS (SSTS de 31 de marzo y 26 de junio de 1997) que la condición de profesional de la agricultura no puede ser heredada porque es intransmisible tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa*. (STS de 28 de febrero de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña J. A. A., en su condición de arrendataria, ejercita la acción para el acceso a la propiedad de las fincas rústicas arrendadas e interpone demanda contra don I. M. I. A. (arrendador-proprietario) solicitando, entre otras cosas, que se declare que la demandante tiene derecho a acceder a la propiedad del *Caserío Aiserikoa*.

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 por la demandante y declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

NOTA.—Téngase en cuenta que con posterioridad a la fecha de la presente sentencia, se ha aprobado una nueva Ley de arrendamientos rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre) y que para la validez del arrendamiento rústico ya no se exige que el arrendatario sea profesional de la agricultura (art. 9 LAR 2003). (M. J. P. G.)

34. Acceso a la propiedad del arrendatario. Alcance de la obligación de llevar a cabo el cultivo personal de las fincas adquiridas. Artículo 2.4 de la Ley de arrendamientos rústicos históricos de 10 de febrero de 1992.—La sentencia recurrida revocó la dictada por el Juez de Primera Instancia para desestimar la pretensión de los recurrentes de acceder a la propiedad de las fincas que llevan en arriendo, empleando un único razonamiento en el que se dice que el arrendatario que pretende acceder a la propiedad, tratándose de arrendamiento histórico, requiere que el mismo «se comprometa a llevar en explotación personal y directa las tierras rústicas que tiene arrendadas, obligación que no se contempla en el escrito inicial de demanda y cuyo cumplimiento deviene imposible dada la edad de los titulares arrendaticios, próximos a alcanzar la jubilación y carentes de la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación nacida de lo prevenido en la Ley de arrendamientos históricos de febrero de 1992 en relación con lo preconizado en la Ley especial de 31 de diciembre de 1980».

Tal declaración es combatida en el motivo primero con la alegación de infracción de los artículos 14, 35-1 y 53 CE y STC de 2 de julio de 1981, que ha de estudiarse conjuntamente con el segundo por infracción de los artículos 15 y 16 LAR.

La referida declaración judicial resulta ya de comienzo atentatoria al principio de igualdad que consagra el artículo 14 del Texto Constitucional, en relación al 35, que reconoce el derecho a trabajar sin discriminación.

La decisión del Tribunal de Instancia la rechazamos, pues se trata más bien de una previsión arriesgada y hasta osada de futuro y arbitraria, al sentar la imposibilidad —no demostrada— de que los recurrentes por razón de su edad pudieran cumplir la obligación que les impone el artículo 2-4 de la Ley de arrendamientos rústicos históricos de 10 de febrero de 1992, en cuanto a que, ejercitada con éxito la acción que autoriza el acceso a la propiedad de las fincas llevadas en arrendamiento, deben necesariamente cultivarlas personalmente durante seis años como mínimo.

El texto legal no impone que dicha obligación sea suma y tenga que constar en la demanda, sino que se trata de una previsión del legislador para evitar situaciones de especulación inmediata. Surge dicho deber desde el momento en que se produce la adquisición de las fincas por sentencia judicial estimatoria de la pretensión de acceso a la titularidad dominical de las mismas.

El labrador puede muy bien alcanzar la jubilación formal, pero la especial psicología y estado de vida de esta nobleza de la tierra, en la mayoría de los casos no implica ruptura total con el trabajo agrícola que se ha venido casi siempre desarrollando a lo largo de toda una vida y ya ha dicho esta Sala de Casación civil que la jubilación no ha de confundirse con la pérdida de personalidad agraria, pues con mucha frecuencia los labradores no desisten de su condición ni por la edad ni por la jubilación (S de 11 de noviembre de 1996, que cita las de 2 de junio de 1992, 11 de octubre de 1993, 30 de mayo de 1994 y 10 de febrero de 1995).

A su vez hay que tener en cuenta que el artículo 18 LAR contempla la posibilidad de asistencia al cultivador personal por otras personas, familiares o no, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que declaró superada la polémica de la compatibilidad de la condición de pensionista y de cultivador personal, ya que no se pierde ésta ni por la edad ni por la situación de jubilación, pues en la norma no existe la condición prohibitiva (SS de 3 de

junio de 1988, 6 de junio de 1989, 16, 12 y 18 de diciembre de 1993, entre otras).

La sentencia de apelación aceptó la fundamentación jurídica de la pronunciada por el Juez de Primera Instancia y con ello los hechos probados que se integran en la misma, los que acceden firmes a casación y acreditan tanto la identidad de las fincas arrendadas, como que se trata de un arrendamiento continuado y concretado, anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, por lo que tiene condición de arrendamiento histórico y la Ley 1/1992 permite el acceso a la propiedad de las fincas objeto del mismo (art. 2-2). Los actores son sucesores de los anteriores arrendatarios, habiéndoles precedido directamente don B. J. P., padre de la demandante doña A. J. S., para lo que no se puede dejar de lado que en la escritura de compra de las fincas por el demandado don J. P. M., otorgada en fecha 15 de julio de 1993, se hace constar el arrendamiento subsistente, y, de este modo, resultaba suficientemente conocido.

Los motivos proceden ser acogidos y de conformidad al artículo 1715.1-3.º, corresponde a esta Sala de Casación resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparezca planteado el debate procesal, lo que se lleva a cabo decretando la confirmación de la sentencia del Juzgado. **(STS de 12 de marzo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Un matrimonio de agricultores promueve demanda solicitando la declaración de su derecho a acceder a la propiedad de determinadas fincas contra el abono de su precio determinado según los criterios fijados en la Ley de arrendamientos rústicos históricos. Se opone el propietario pero el Juzgado da lugar a lo pedido. La Audiencia estima el recurso de apelación que interpone el propietario revocando la sentencia de instancia. Ha lugar al recurso de casación promovido por los arrendatarios. *(R. G. S.)*

35. Determinación del objeto del contrato.—El objeto del contrato está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad, de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva querida por los contratantes. Respecto a la determinación del objeto, la doctrina jurisprudencial señala que ha de ser hecha de forma que no haya confusión con otros elementos, no quede al arbitrio de uno de los contratantes y no sea necesario un nuevo acuerdo para su fijación (SSTS de 28 de octubre de 1952, de 29 de octubre de 1964 y de 3 de marzo de 2000). También ha señalado esta Sala que es suficiente la «determinabilidad», que permite considerar el objeto como cierto siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el contrato, sin que el mayor o menor detalle sobre la manera como haya de realizarse la obra vicie el contrato ni pueda dar lugar a su inexistencia. En este sentido, el proyecto básico de la construcción descrito en el contrato de obra es suficiente para la individualización del objeto contractual, de modo que no se puede negar su determinación. La falta de proyecto de ejecución podría haber incidido en el cumplimiento del contrato pero no afecta a la determinación de su objeto.

Indemnización por desistimiento del comitente.—El artículo 1594 CC, que regula el desistimiento unilateral del dueño de la obra, reconoce el derecho de indemnización a favor del contratista por los gastos, trabajo y utilidad que se pudiera obtener de la construcción de la obra. Además, la jurisprudencia

cia declara que no se puede negar a los constructores el derecho a obtener beneficios económicos por razón de la actividad profesional realizada (STS de 15 de abril de 1992, 15 de octubre de 1992, 30 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1996, entre otras). Para el cálculo de dicho beneficio habrá de estarse a lo pactado o al cálculo con arreglo a los elementos que figuren en el contrato y, en su defecto, la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho. Tal como dice la STS de 17 de octubre de 1996, la jurisprudencia «no ha establecido un porcentaje fijo y no ha sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social». (STS de 25 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La constructora *Cota Mil, S. L.*, y la sociedad *Promociones JO.RI.CAR, S. L.*, celebraron un contrato de obra en virtud del cual la primera debía construir, según el proyecto básico de la construcción, un edificio para viviendas, bajos comerciales y sótanos para aparcamiento de vehículos en una determinada finca. Al año de celebrarse el contrato, la promotora comunicó a *Cota Mil, S. L.*, su desistimiento del contrato. La constructora interpuso demanda en la que solicitaba el pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial de Valencia estimó en parte el recurso y revocó la sentencia de instancia en los aspectos relativos a intereses y costas. Interpuesto recurso de casación por la promotora, el TS declara no ha lugar. (M. V. V.)

36. Responsabilidad civil del abogado: fundamento.—Siendo cierto que la obligación que asume el abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente, no es de resultado sino de medios, ello no significa que desaparezca su responsabilidad por no haber propuesto en debida forma la prueba pericial, ya que ha de ponderarse si se han desarrollado todas aquellas actuaciones que corresponden a la llamada *lex artis*; es decir, al patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la Abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta, que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos; es exigible, por tanto, que el abogado ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtener un resultado favorable, como son a título de ejemplo, la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc.

No proposición de prueba pericial contradictoria en proceso de expropiación forzosa.—En este caso se ha omitido la proposición de una prueba pericial contradictoria, sustituyéndola por un dictamen elaborado extrajudicialmente, que se ha aportado por vía documental, con lo que se eliminaba cualquier posible intervención de la contraparte y se prescindía de toda garantía acerca de la imparcialidad de su autor, punto esencial por ser el

perito un asesor del Juez en materias que no domina, respecto al cual la LEC de 1881, a la que se reconduce la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establecía un cuidadoso sistema de designación y de posibilidades de recusación de quienes habían de emitir el informe, así como de oportunidades para que las partes pudiesen formular aclaraciones que tendían a eliminar cualquier clase de indefensión. Omisión tanto más llamativa por cuanto existía una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudopericial, tanto en general, como en aquellas ocasiones en que con la misma pretendía desvirtuarse la apreciación de los Jurados de Expropiación.

Cuantía indemnizatoria: pérdida de oportunidades.—Más que tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes, o de valorar la prueba de dicha naturaleza que en un proceso diferente —el actual— se ha practicado a instancia de otro Letrado, parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina *pérdida de oportunidad* que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado, cuyos servicios profesionales había solicitado, no ha podido acceder a los tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos. Para la adecuada reparación de dicho daño moral, a la vista de las diversas instancias a las que ha debido recurrirse durante un prolongado período de tiempo, parece adecuado fijar en tres millones de pesetas la indemnización otorgada. (STS de 8 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Aunque parece iniciarse un tratamiento paralelo de la responsabilidad extracontractual médica y de la que incumbe al abogado en relación con su cliente (como parece confirmarlo la invocación a la *lex artis* para determinar la existencia de actuar culposamente o negligente de ambos profesionales), pese a la diferente naturaleza de las respectivas actividades, es lo cierto que la jurisprudencia de la Sala 1.^a está dando sus primeros pasos en relación con la responsabilidad extracontractual de los abogados, tanteando soluciones sin haber llegado todavía a establecer criterios suficientemente convincentes. No hay bases ciertas para establecer el daño indemnizable (buen ejemplo es que, en este caso, el Juzgado de Primera Instancia fijó una cuantía indemnizatoria superior a los veintisiete millones de pesetas, mientras que el TS, estimando el recurso, la ha establecido solamente en tres millones, cantidad que puede calificarse de simbólica pensando que el proceso administrativo se arrastra desde los años ochenta). La profesión de abogado constituye un engranaje necesario e imprescindible en la satisfacción efectiva del derecho establecido a favor de los justiciables en el artículo 24.1 CE. Pero la concepción del proceso civil como contienda entre dos partes, una de las cuales gana y otra pierde, impide calificar *in extremis* de obligación de resultado la que recae sobre el Letrado de cada parte. En el presente caso el ponente Sr. Romero Lorenzo ha procedido a un minucioso examen de la actuación del abogado demandado en el campo probatorio. Sentencia, por tanto, evidentemente pedagógica. En todo caso, saltar de la mera *oportunidad* a la *seguridad* del pleito ganado hay un techo que ningún tribunal parece puede franquear *a posteriori*. (G. G. C.)

37. Responsabilidad contractual de abogado y procurador: escrito de personación no presentado: relación jurídica con el cliente: normativa aplicable.—La relación contractual entre abogado y cliente es, en este caso y en la mayoría de supuestos salvo muy concretas excepciones, derivada del contrato de prestación de servicios, siendo obligación esencial del primero la de llevar la dirección técnica de un proceso, como obligación de actividad o de medios, no de resultado. Por su parte, la relación entre procurador y cliente es la derivada del contrato de mandato, en su variedad de mandato representativo (arts. 1718 y 1719 CC). A lo anterior ha de añadirse la normativa propia de las aludidas profesiones liberales, en particular los artículos 53 y 102 del Estatuto General de la Abogacía, y el artículo 14.3 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

Incumplimiento.—Se produce un incumplimiento de las obligaciones de los profesionales considerados cuando con su actuación se impide al perjudicado la obtención de un derecho; es decir, no tanto se causa un perjuicio material directo, como se hace imposible obtener un beneficio, o lo que es lo mismo, se ha impedido la posibilidad de conseguirlo a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE; siempre y en todo caso que, aquella actuación y este acto procesal, correspondan a la obligación del profesional.

El abogado no tiene obligación legal de redactar y presentar el escrito de personación.—Según el artículo 10, segundo párrafo, cuarta excepción, de la LEC de 1881 aplicable al caso, no precisan dirección técnica, ni, en consecuencia, firma de abogado, los escritos de personación; el abogado no tiene el deber profesional de redactar el escrito, ni dar instrucciones, ni ordenar que se presente; hasta el punto de que no es minutable, y si el Letrado lo incluye en sus honorarios, se declaran indebidos; es decir, es un escrito que debe hacer el procurador (lo que hace normalmente y se conoce en el *argot* forense como un *escrito de cajón*). En consecuencia, no hay incumplimiento de las obligaciones del abogado, ni falta de celo o diligencia, ni defecto en la realización diligente de actividades, respecto a un escrito que no le corresponde hacer. Distinto sería el caso en que el escrito se incluyera en la obligación de prestar el servicio, como el de interposición del recurso de casación. (STS de 7 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada habla conjuntamente de las obligaciones de abogados y procuradores respecto al mismo cliente, pero curiosamente el Procurador demandado, y condenado por la Audiencia Provincial solidariamente con el abogado, no recurre en casación, por lo cual aquella sentencia desfavorable para él quedó firme, cualesquiera hayan sido las razones en que se basó el fallo estimatorio, y no necesariamente las aquí extractadas, por más que resulten plenamente plausibles. (G. G. C.)

38. Muerte de una persona causada por arma de fuego utilizada por guardia civil fuera de servicio, que después se suicidó. Responsabilidad extracontractual. Reclamación al Estado. Competencia de la Jurisdicción civil.—Ha de partirse de que los hechos ocurrieron en la madrugada del día 22 de julio de 1989, es decir, con anterioridad a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Proce-

dimiento Administrativo Común), y Decreto de 26 de marzo de 1993. A su vez la demanda planteada por la viuda e hijos del fallecido se dirigió contra la Administración del Estado y herederos de don J. P. G., a fin de que fueran condenados en forma solidaria al pago de la indemnización compensatoria que se solicita.

En estos supuestos, la doctrina de la Sala 1.^a del TS ha decretado la competencia de la Jurisdicción civil en cuanto se trata de resolver el actuar culposo en forma de negligencia grave y aquí trágica, que se imputa al Estado (Ministerio del Interior), al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 17 de julio de 2001), toda vez que las responsabilidades que se reclaman se califican como extracontractuales y en vía de solidaridad, en base a la unidad fáctica en que se apoyan (SS de 1 de febrero de 1994, 29 de junio de 2000, 5 de diciembre de 2002 y 10 de febrero de 2003). A su vez, la demanda se dirigió contra el Estado (art. 106.2 CE) y también contra personas privadas como causantes del resultado dañoso producido —en este caso la muerte violenta de una persona—, que se presentan responsables concurrentes de los mismos hechos a los que se les atribuye origen en actuación gravemente culposa, lo que hace que no proceda considerar la competencia del orden contencioso-administrativo, ya que se impone la *vis atractiva* de la Jurisdicción civil (SS de 2 de junio de 1993 —que cita las de 2 de febrero de 1987, 10 de noviembre de 1990 y 17 de febrero de 1992— y de 22 de noviembre de 1996) para evitar fallos contradictorios al ser solidarias las responsabilidades. El criterio de *vis atractiva* de la Jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado en el artículo 117.5 CE y recogido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (S de 28 de abril de 1992), a lo que cabe añadir que remitir a estas alturas a los demandantes a entablar un proceso contencioso-administrativo, supone imponerles una larga peregrinación por distintas jurisdicciones que no resulta debidamente conforme al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que proclama el artículo 24 CC (S de 26 de diciembre de 1996 —que cita las de 5 de junio de 1983 y 1 de julio de 1986— y S de 3 de marzo de 1998).

Responsabilidad del Estado.—La circunstancia de que cuando ocurrieron los hechos el guardia civil no estaba de servicio se trata de una cuestión ya contemplada por esta Sala de Casación civil que no la consideró dotada de carga exculpatoria suficiente respecto a la responsabilidad que corresponde atribuir a la Administración del Estado, pues estamos ante una responsabilidad directa y solidaria y es la forma más apropiada para una protección justa de los perjudicados (S de 15 de diciembre de 1994). Concorre la necesaria relación causal, ya que la actuación del guardia civil, con resultado mortal, se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1902 CC, conforme declara la S 31 de diciembre de 1999, y su conducta culposa alcanza al Estado por aplicación de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, al imponerse la obligación de vigilancia y seguridad de los Cuerpos y Miembros de la Seguridad del Estado y considerarse estar siempre de servicio permanente, aunque se hallen libres o francos de servicio ordinario.

Hace constar la Sala que el sistema organizativo de los Cuerpos de Seguridad consiente a sus integrantes a que puedan portar las armas de fuego reglamentarias aun estando fuera de servicio, y ello autoriza a presumir que el funcionamiento global del servicio así lo exige, por lo que el Estado viene a asumir, como consecuencia causal de esta situación tolerada, el riesgo del

indebido o abusivo uso de las armas autorizadas, primando el principio de integridad patrimonial de la víctima, y que alcanza a sus sucesores y perjudicados directos, al producirse fallecimiento provocado. (STS de 30 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En la madrugada del día 22 de julio de 1989 el guardia civil don J. P. G., estando libre de servicio, y con destino en Ibiza, se dirigió al Bar Winston de dicha localidad y, tras cenar y efectuar varias consumiciones alcohólicas, de modo repentino, sin mediar causa acreditada alguna, con la pistola que portaba y que era su arma reglamentaria, efectuó cinco disparos, alcanzando uno de ellos al esposo y padre de los demandantes, causándole la muerte instantánea e hiriendo a otra cliente del establecimiento. Seguidamente, en las afueras del local, se suicidó disparándose un tiro en la cabeza con el arma que aún portaba. (A. G. B.)

39. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero: competencia civil.—Según el artículo 2.a) del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la materia que determina la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las mutualidades, y tal circunstancia vinculante no concurre en este supuesto, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios, con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina reiterada en esta Sala por SSTS de 21 marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999 y 15 de julio de 2002. Es de notar que las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial (por todas STS de 4 de diciembre de 1995).

Actividades de riesgo: omisión de diligencia preventiva.—Las actividades de la explotación minera del carbón, por efecto de la propia peligrosidad que es inherente a las labores relativas a la producción y al mantenimiento en el interior de las minas, crean evidentes riesgos para los operarios, y no basta al empresario con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, como ocurre en este caso, y el daño se produce, se revela su insuficiencia, la falta de alguna precaución y lo escaso de la diligencia empleada, habida cuenta de que, en este caso, la Inspección de Seguridad Minera ordenó la elaboración de una Directiva interna de seguridad, con el fin de evitar la repetición de situaciones similares, lo que provocó la declaración de responsabilidad civil de HUNOSA por omisión de la referida diligencia preventiva.

Inexistencia de caso fortuito.—La causa del accidente consistió en un derrabe causado por la existencia de tensiones geológicas originadas por el propio yacimiento, lo cual no puede calificarse como *casual* o *irresistible*,

esto es, completamente ajeno a los riesgos inherentes a toda explotación minera, ya que el riesgo era previsible y controlable.

Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo.—Es aplicable a este caso la doctrina expresada por STS de 22 de abril de 1987, según la cual, si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende, no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad fundada en el riesgo, aunque sin erigirlo en fundamento único de la obligación a resarcir; no siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia.

Relación causal.—Esta Sala ha repetido con reiteración que es causa eficiente del resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, y en el supuesto del debate se da la relación de causalidad entre el daño producido y la omisión de diligencia preventiva de la demandada. (STS de 22 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Con escasa diferencia de fechas se pronuncian dos resoluciones de la Sala 1.^a sobre casos similares (responsabilidad por muerte en accidente de un operario en cada uno de ellos) con sentido contradictorio. Se trata de la STS de 31 de marzo de 2003 (Pte.: Marín Castán), y la ahora extractada de 22 de abril de 2003 (Pte.: García Varela). No hay coincidencia en la actividad empresarial y se podría, acaso, alegar que la explotación minera *per se* es fuente de riesgo para los obreros, mientras que en el otro supuesto se trata de una empresa de almacén de forraje que, a simple vista, no posee tal peligrosidad. Sin embargo la S de 31 de marzo de 2003 describe como actividad especialmente arriesgada la que desempeñaba la máquina-pala autocargadora que almacenaba alfalfa en un espacio reducido y causó la muerte de un operario. En ambos casos se ejercitaron acciones de responsabilidad civil, denegándose el recurso, en el primero, por invocar la doctrina del riesgo, mientras que se estima en el segundo con fundamento precisamente en esta última. A mi juicio, se da aquí una palmaria contradicción. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte de obrero por atropello de máquina-pala autocargadora: exoneración del conductor y de la empresa.—Dando por probado que la víctima se interpuso en la trayectoria de la máquina por razones que se desconocen, habiendo observado su conductor la diligencia debida, habiendo funcionado la sirena que avisaba de la maniobra marcha atrás, y siendo el trabajador fallecido perfecto conocedor de esa zona de maniobra de las máquinas y del peligro inherente a invadirla, no cabe imputar el suceso al conductor de la máquina, ni a la empresa. (STS de 31 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La desestimación del recurso interpuesto por los familiares del obrero accidentado se basa en dos argumentos, uno fáctico

y otro jurídico. El primero estriba que no se ha podido explicar la presencia de aquél en el lugar del siniestro; además se trataba de un mecánico-mantenedor de la maquinaria, conocedor, por tanto, de la peligrosidad del lugar en que actuaba, etc. Es curioso que tal falta de prueba suele ocurrir, en esta clase de litigios, precisamente cuando ha fallecido el accidentado, y nada puede aclarar sobre los hechos ... Es grande, y comprensible, la inclinación a echarle a él las culpas del accidente, exonerando al causante material. La argumentación jurídica se basa en una estricta aplicación de los requisitos que la propia Sala se ha fijado para seguir entendiendo de este tipo de reclamaciones, a saber, que se pruebe la culpa o negligencia del empleador, no siendo suficiente invocar la responsabilidad por riesgo. La lectura de esta sentencia causa cierta insatisfacción, sobre todo a la vista de la casi simultánea STS de 20 abril 2003. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones por caída en Salón de té, debido a resbalar en pavimento fregado pero no secado después de rotura de botella de refresco: no se dan los requisitos del caso fortuito.—La aplicación del caso fortuito requiere que se trate de hecho que no hubiera podido preverse, o que previsto resultase inevitable, y es exigencia inexcusable que consten acreditados los presupuestos de hecho de tal aplicación. En este caso no se agotaron las medidas de precaución y seguridad que exigía adoptar el haberse producido el vertido de una bebida refrescante en un establecimiento público con asistencia de clientes, a fin de evitar que éstos pudieran sufrir alguna agresión a su integridad física; si bien el suelo resultó fregado, no se probó que se hubiera llegado a su secado adecuado para evitar todo resto de humedad que propiciara el resbalamiento. Se trataba, por tanto, de suelo húmedo, y en esto se hace necesario integrar el *factum* pues en esta situación la caída resultaba del todo posible; tampoco se demostró que el local estuviera provisto de pavimento antideslizante, ni que el líquido derramado careciera de sustancias que lo incrementaran como resbaladizo, ni tampoco que los demandados llevaran a cabo actuación alguna para no permitir el acceso a la zona por los clientes en tanto no se presentase suficientemente segura, por haber quedado completa y debidamente secada.

Causa del accidente.—La causa de la caída ha quedado debida y suficientemente demostrada, es decir, deslizamiento sobre suelo por haber sido fregado pero no secado, al no haberse probado que se hubiera eliminado por completo la humedad; con lo que el nexo causal, que tiene su origen en el vertido del líquido y la caída de la recurrente, se presente concurrente, sin olvidar que correspondía a los demandados la prueba de haber adoptado las correcciones necesarias ante el evento del vertido del líquido refrescante.

Inversión de la carga de la prueba.—La exégesis jurisprudencial del artículo 1902 CC autoriza la inversión de la carga de la prueba según las circunstancias del caso y cuando la prudencia ha de extremarse para evitar el daño, debiendo acreditarse el haberse procedido con absoluta y no reservada diligencia, que aquí sólo se presenta media por parte de la empresa demandada, pues sólo fregó el suelo y no se procuró su secado completo, o evitar el tránsito de personas por la zona afectada en tanto persistieran las humedades consecuentes que quedaron al pasar sólo la fregona. (STS de 31 de marzo de 2003; ha lugar.)

NOTA.—De haber sucedido este accidente casi banal hace medio siglo, acaso su doctrina hubiera ingresado en los libros como *el caso del Salón de Té* (igual, por ejemplo, que ocurrió en Alemania con el *caso del linoleum*). Ahora probablemente no ocurrirá así dada la gran variedad de supuestos que se plantean todos los días ante los Tribunales, muchos de los cuales alcanzan apenas un fugaz renombre. Lo que aquí sorprende es que la demanda fuese rechazada en ambas instancias. Es de destacar el minucioso análisis que hace el ponente (Sr.: Villagómez Rodil) de las circunstancias fácticas, para llegar a la estimación del recurso, que merece aprobación. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte por electrocución: instalación de antena de 8 metros de altura para radioaficionado: instalación aérea de empresa eléctrica a 7 metros y 60 centímetros de altura: pluralidad de causas del accidente: análisis.—Ante una pluralidad de causas del accidente esta Sala, en numerosas ocasiones, ha hecho referencia a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos, la determinación del hecho causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso, ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad, teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia. Se ha exigido la prueba terminante acerca del nexo entre la conducta del sujeto y el resultado, no considerándose suficiente la aplicación de la teoría del riesgo, sino requiriéndose la determinación concreta de que el daño ha sido consecuencia natural, adecuada y necesaria de la actuación que se imputa al demandado. No faltan supuestos en que se ha trasladado al campo civil la doctrina general de la imputación objetiva, con el fin de precisar si la responsabilidad por el daño efectivamente causado debe atribuirse al demandado, con base en alguno de los criterios a tal efecto admitidos. En el presente caso, el tendido aéreo se hallaba a 7,60 metros de altura sobre el piso de la terraza en la que iba a fijarse la antena del radioaficionado, siendo conocedores de ello todas las personas que intervinieron. Asimismo, para el instalador era notorio el peligro que suponía el contacto de su antena con la línea eléctrica aérea, dado que la longitud de aquella sobrepasaba la altura del tendido aéreo. La existencia de conducciones eléctricas aéreas y la necesidad de evitar cualquier posible contacto con las mismas, constituye una realidad impuesta por las condiciones en que actualmente se desarrolla la convivencia social, que viene a suponer un límite a la libertad de actuación de los ciudadanos precisamente por el peligro que entraña, si bien éste es generalmente conocido y aceptado, resultando fácilmente eludible con una normal atención y diligencia por parte de todos los que podrían resultar afectados.

Exoneración de la compañía eléctrica.—El tendido aéreo de la recurrente se ajustaba, no sólo a lo reglamentariamente establecido, sino también a cuanto ha de considerarse normal en instalaciones de dicha naturaleza, resultando perfectamente visible por el fallecido y por las demás personas que llevaban a cabo la instalación de la antena, por lo cual debe estimarse su recurso y declarar su irresponsabilidad.

Responsabilidad del instalador.—La actuación que el buen sentido aconseja calificar como causa única y eficiente del accidente sufrido, el cual

ha sido consecuencia necesaria de la misma, es la decisión del codemandado, quien por su cualificación profesional conocía los riesgos de la operación, para la cual pidió la colaboración del fallecido y de su hermano, los cuales se acrecentaban ante la existencia de la conducción eléctrica aérea y la considerable longitud de la antena que pretendía instalar. (STS de 29 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Los familiares de la víctima demandaron a la empresa propietaria del cable aéreo y al instalador de la antena; el Juzgado de Primera Instancia absolvió a la primera y condenó al instalador al abono de 4.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial condenó a la compañía eléctrica, solidariamente con el instalador, elevando la cuantía a 6.000.000 de pesetas. El TS estima el recurso de aquélla exonerándola de responsabilidad, mantenimiento como único responsable al instalador.

Las razones para liberar de responsabilidad a la empresa propietaria del cable eléctrico aéreo no son del todo convincentes. Se da por supuesto que tales tendidos aéreos forman parte del panorama urbano, habiendo adquirido, en cierto modo, *droit de cité*; sin embargo son sobradamente conocidos sus riesgos para los ciudadanos y la aspiración a que desaparezcan de nuestras ciudades. La sentencia extractada dice al final del 3.º FD: «A mayor abundamiento, si —en el terreno de las hipótesis— pudiera entenderse que la existencia del tendido eléctrico de la recurrente constituía también causa del evento dañoso, ha de afirmarse que la conducta descuidada y gravemente imprudente del mencionado demandado ha venido a romper el nexo causal entre la actuación de la entidad demandada y el luctuoso resultado producido». Argumento exoneratorio hipotético que tampoco convence. (G. G. C.)

43. Alcance de la prueba de la causalidad: supuestos de incendio.

La doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente, ni mucho menos, la culpa del incendio causante del daño. (SS de 24 de enero de 2002 y 23 de enero de 1986). (STS de 27 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Hispalco Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada* ejercitó acción de responsabilidad extracontractual contra *Larrea y Rahm, S. A.*, instando la condena a la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del incendio que tuvo lugar en el almacén de neumáticos de la demandada y que alcanzó al almacén de la actora con la destrucción total de los activos materiales de dicha empresa. En sentencia dictada en primera instancia se estimó la demanda, condenando a la demandada a la indemnización por los daños y perjuicios causados. La Audiencia Provincial de Bizkaia revocó la sentencia y absolvió a la demandada. Contra esta última la sociedad demandante formuló recurso de casación, que el TS estimó.

NOTA.—Para la jurisprudencia sobre el complejo tema del nexo de causalidad en este grupo de casos, puede verse Francisco OLIVA

BLÁZQUEZ, «Responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por incendios de causa desconocida», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003-1, pp. 559-573. (E. C. V.)

44. Culpa extracontractual: valor complementario de la jurisprudencia: doctrina general.—Para que la jurisprudencia cumpla su función complementaria es necesario que posea los siguientes requisitos, según doctrina constante del TS: 1) Una cierta dosis de estabilidad de los criterios o doctrinas, manifestada en la reiteración de su utilización o aplicación. 2.º) Que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*), no teniendo valor de jurisprudencia las afirmaciones que el TS hace con carácter incidental, o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*obiter dicta*). En la sentencia recurrida se cita una sentencia de esta Sala para aclarar la aplicación del precepto legal procedente y no como una invocación de fuente de derecho. Por otra parte, la STS de 22 de julio de 1944 declara que cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitable la autonomía de ella con el verdadero contenido de la Ley.

Prohibición del *non liquet*: autointegración y heterointegración del ordenamiento jurídico.—El artículo 1.º.7 CC consigna el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido. El mandato legal proscribire, por lo tanto, toda decisión judicial no asentada en el sistema de fuentes; pero no han de olvidarse los supuestos de autointegración y heterointegración del ordenamiento jurídico, tarea que, en sí misma, no es más que, en sentido formal, una aplicación del derecho, pero que, hasta cierto punto, puede detectarse en ellas, matices de creación, dentro de la fuente de derecho de la que proceda partir, una vez seleccionada debidamente.

Responsabilidad civil por el hecho de otro: doctrina general sobre el artículo 1903 CC.—La jurisprudencia ha contemplado de modo muy liberal la relación personal entre el causante de un daño y la persona relacionada con él, de quien se le puede hacer responsable; la más reciente doctrina y la jurisprudencia vienen proclamando que la responsabilidad *ex* artículo 1903 CC no es subsidiaria, sino *di recta*, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos. La STS de 26 de junio de 1984 declara que la responsabilidad del empresario es de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que el artículo 1902 CC atribuye al autor material del daño.

Accidente laboral con resultado de muerte: caída de andamio trabajando el obrero sin protección: responsabilidad directa de la empresa contratista por hecho imputable a la empresa subcontratista que actúa bajo la dirección de la primera.—Aunque es verdad que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, declara reiterada jurisprudencia que falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 párr. 4.º CC, en el presente caso según el contrato celebrado con la subcontratista, ésta actuaba bajo la dirección de la recu-

rrente y en el plan general de obra contratado por ésta para la construcción del hangar. (STS de 16 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Iberia* contrata la construcción de un hangar con E. y T., empresa que a su vez subcontrata con otras la realización de la obra, siendo M. M. una de las subcontratistas. Un empleado de ésta, trabajando sin protección, cae desde una altura de 25 metros, falleciendo por causa de las heridas. En vía penal la Audiencia Provincial de Madrid condenó por una falta al encargado de M. M., señalando una indemnización de 8.000.000 de pesetas a favor de la viuda, absolviendo a la empresa. En el pleito aquí planteado la viuda reclama otra indemnización de 22.000.000 de pesetas a E. y T. y a M. M. con base en el mismo accidente. Se desestima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, pero la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda, condenando a E. y T. al pago de 9.000.000 de pesetas por razón de aquél.

NOTA.—El Ponente Sr. Auger Liñán dedica el 2.º FD a reflexionar sobre el valor de la jurisprudencia, ya que el recurso hacía valer que la sentencia recurrida se basaba en una única sentencia para estimar la demanda. Después de sentar notable doctrina sobre los apartados 6 y 7 del artículo 1.º CC, confirma la sentencia recurrida en materia, desgraciadamente, de constante actualidad. La siniestralidad laboral se mantiene entre nosotros en porcentajes elevados, siendo clara la violación de las medidas de seguridad que recaen sobre las empresas; por otro lado no resulta infrecuente que a través de sucesivas subcontrataciones la responsabilidad de las diversas empresas intervinientes quede diluida, en perjuicio de los familiares de las víctimas. No se plantean, en este caso, las dudas que habitualmente se alegan sobre la competencia civil en esta materia. Sentencia plenamente de aprobar.

Sobre el artículo 1.6.º CC pueden verse últimamente las SSTs de 18 y 19 de mayo de 2000, y 6 de abril de 2001. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: consentimiento informado del enfermo: perforación intestinal como secuela de intervención quirúrgica.—El deber de informar que establece el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, no puede ser entendido de forma general o abstracta, sino que hay que tener en cuenta la realidad social en que se presta el servicio, pues a este respecto se ha producido una variación considerable en el sentido de que no hace mucho se estimaba, por conveniencia del enfermo, que había que disfrazar de alguna forma la gravedad de la patología que padecía, situación ésta que ha cambiado, por lo que evidentemente en este caso se le hizo saber a la enferma la gravedad de su dolencia y de que la intervención más adecuada, en atención a su situación médica, era la vídeo-laparoscopia, en lugar de la cirugía abierta, que es otra opción, y sin que en esas condiciones fuese preciso que la paciente conociese la posibilidad de que corriera otros riesgos de los posibles a que está sometida cualquier clase de intervenciones.

Intervención según la *lex artis ad hoc*.—La intervención se llevó efecto con arreglo a las reglas médicas, y con el consentimiento informado de la enferma, por ser el método empleado el menos agresivo, el que menos hospitalización exigía y el que menos tiempo de rehabilitación necesitaba, y el más

adecuado a su patología, aunque a consecuencia de la intervención hubiera surgido el daño colateral consistente en la perforación del colon, que aunque previsible, no pudo ser evitado por los doctores que habían conformado su actuación a la *lex artis ad hoc*. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

46. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: intervención en rotura de tímpano: secuelas: *lex artis ad hoc*.—La rotura de tímpano que tenía que ser tratada con la operación de miringoplastia, que fue acompañada con la secuela de que se moviera el injerto realizado y existiera otorrea, constituyen posibilidades que se dan en más de un 25 % de este tipo de intervenciones; además, se utilizó el antibiótico indicado para el tratamiento de las afecciones que surgieron.

Prueba pericial.—En el presente caso no puede entenderse probada ni la negligencia de la actuación médica, ni que las secuelas sean resultado de la operación llevada a cabo por el demandado; es correcta y lógica la valoración probatoria que hace la Audiencia Provincial de la que resulta que la demandante no ha llegado a acreditar la existencia de nexo causal entre la actuación del médico y las secuelas que padece. No puede aceptarse que el demandado haya obstaculizado la práctica de prueba, antes bien se emitió un amplísimo informe pericial por un perito que salió elegido entre los tres insaculados, sin que respecto al mismo se hubiese alegado la existencia de algún motivo de recusación; además, dicho perito, tras contestar con todo detalle a los puntos precisados por los litigantes y por el Juzgado, se ha sometido en la diligencia de ratificación a las aclaraciones que, tanto el Juez como una y otra parte, tuvieron a bien formularle. No hay necesidad de acudir a la inversión de la carga probatoria que no se considera justificada, ni a establecer una presunción de culpabilidad contra el médico demandado carente de todo fundamento. (STS de 7 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda reclama una indemnización de 65 millones de pesetas por las secuelas derivadas de una operación de corrección de rotura de tímpano. Con acierto se recuerda que la obligación del médico es de medios y no de resultado, y se rechaza expresamente aplicar la doctrina de la *res ipsa loquitur*, fundamentalmente por existir una completa y satisfactoria prueba pericial (Pte: Sr. Romero Lorenzo). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: lesiones de producto defectuoso: explosión de botella «La Casera».—Ha quedado suficientemente demostrada la falta notoria de seguridad de la botella causante de las lesiones que padece el actor, y con ello, al resultar producto inseguro, evidentemente se trata de producto defectuoso por sí mismo desde el momento de su puesta en circulación. El concepto de defecto que recoge nuestra Ley, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y que incorpora la experiencia de los EE.UU., resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial. Se invierte la carga de la prueba correspondiendo al fabricante acreditar

la idoneidad del mismo o concurrencia de otras causas exoneratorias, que aquí no resultaron acreditadas.

Responsabilidad del fabricante.—La recurrente ha sido la fabricante efectiva de dicho producto terminado, propició su puesta en el mercado, sin que concurra presupuesto alguno que pueda llevar a la conclusión de que no resultaba defectuoso desde el mismo momento de su incorporación al tráfico. El artículo 27.1.a) LGDCU atribuye responsabilidad directa a los fabricantes del producto, pues responden tanto de su origen como de su identidad e idoneidad.

Inaplicabilidad del RD de 1996 sobre etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios.—Los hechos denunciados ocurrieron el 28 de agosto de 1994 cuando el lesionado se encontraba en un supermercado de la ciudad de Murcia, y tomó de sus estantes una botella de cristal que contenía gaseosa, estallando al depositarla en la cesta, siendo inaplicable la normativa posterior en el tiempo, que, por otro lado, para nada desvirtúa la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 CC. (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.) (G.G.C.T)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

48. Transmisión de la propiedad. La tradición.—Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, para ser protegido por la tercería de dominio es necesario que concurra la *traditio* o entrega, ya que en tanto no tenga lugar, sigue siendo titular el vendedor (SSTS de 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1998 y 27 de junio de 1996).

Así, la sentencia recurrida desestimó la demanda al declarar que no había acreditado el recurrente el dominio pleno del inmueble con anterioridad al embargo, pues la ocupación de la vivienda tuvo lugar poco después a la traba.

Desde el momento en que los presupuestos contractuales fueron cumplidos, la vivienda se integró en la titularidad dominical del recurrente, completando definitivamente la adjudicación que se pactó. Y como dice la S de 19 de abril de 2000, producida la adquisición del derecho del tercerista y acordado el embargo de lo adquirido, ha de prevalecer quien ostenta la preferencia cronológica, es decir, la adquisición anterior vence al embargo posterior.

Las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1462 CC, no son *numerus clausus* y así comprenden diversas modalidades como son la entrega de las llaves (SSTS de 13 de mayo de 1996 y 20 de junio de 2002) y también, en virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, las derivadas del hecho posesorio en relación con el título adquisitivo que entra en juego cuando prevé la puesta a disposición de lo transmitido a favor del adquirente (SSTS de 18 de febrero de 1995 y 18 de julio de 1997), como aquí sucede, al cumplirse las previsiones reglamentarias del contrato que evidencian la intención de las partes de llevar a cabo la transmisión efectiva. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Madrid tramitó el juicio de menor cuantía que promovió la demanda de tercería de dominio sobre la que se dictó sentencia estimatoria, con

fecha 29 de marzo de 1995. Dicha resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 11.^a pronunció sentencia al respecto, con fecha 12 de marzo de 1997, estimando la apelación presentada. Finalmente, se formalizó recurso de casación por la vía del ordinal tercero el artículo 1692 LEC, ante la infracción de los artículos 359, 372 y 1715 de este cuerpo legal; y por vulnerar los artículos 609, 1095, 1462, 1463, 1445, 1450, 1254, 1258 y 1262 CC y de la jurisprudencia relativa a los mismos. (J. L. B.)

49. Tercería de dominio. Adquisición del dominio. Tradición.—El actor recurre la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda de tercería de dominio, interpuesta contra el Banco ejecutante y los ejecutados en procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid, en el que resultó embargada, el 23 de enero de 1989 a los esposos don M. G. G. y doña E. G. C., una vivienda que, en tesis del tercerista, le había sido vendida por el referido matrimonio el 17 de diciembre de 1987, figurando dicho negocio en documento privado, y por consiguiente había adquirido el dominio un año antes del embargo.

La sentencia del Juzgado fue desestimatoria, por entender que la venta era simulada, en atención a que pese a que se había acreditado el pago o transmisión de cierta cantidad de dinero, no constaba que el mismo fuera para satisfacer parte del precio, lo que unido al hecho de que los vendedores seguían en posesión de la finca vendida, y a que no se había acreditado suficientemente la existencia del contrato de arrendamiento de finca urbana, había que presumir con arreglo a los criterios de la sana crítica, que no ha existido la compraventa.

En cambio, la sentencia de apelación, sin negar la existencia de simulación y de sostener que el título era un documento preconstituido, entendió que, habida cuenta de que en el juicio de tercería, el actor tiene que acreditar el dominio, y este se adquiere a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y en el juicio, lo que se ha demostrado en el documento privado es, a lo sumo, la existencia del contrato, pero para que adquiera la propiedad el tercerista tiene que acreditar que se ha producido la tradición, que entiende la sentencia recurrida no ha ocurrido, en cuanto que los vendedores han continuado en la posesión de la vivienda, ya que se pactó en el contrato de 17 de diciembre de 1987, que los vendedores seguirían ocupando el piso hasta el 31 de diciembre de 1988, como ocurrió de hecho, sin que durante ese período hubiese realizado el comprador ningún acto posesorio sobre la vivienda, ni después de esa fecha, ya que no se ha justificado la existencia de un arrendamiento posterior, arrendamiento que ni siquiera fue mencionado en la demanda.

La sentencia recurrida en casación sostiene que no ha habido ni tradición real, en cuanto que el tercerista comprador no ha dispuesto materialmente de la vivienda, al seguir siendo ocupada por los vendedores, ni transmisión instrumental, al no haberse concertado la compraventa en escritura pública, y la cláusula tercera del contrato no se puede considerar como una tradición fingida, en cuanto no consta en la misma que sea un acto de liberalidad, sino una estipulación convenida en un contrato oneroso, por la cual se demora la entrega de la cosa a una fecha determinada, por consiguiente no se puede hablar de la existencia del llamado *constitutum possessorium*, en los términos que lo hace por ejemplo la S de esta Sala de 18 de febrero de 1995, y la

continuación en la ocupación por los vendedores del piso, tiene su causa en el propio contrato, al ser una estipulación más del mismo y, por consiguiente, no se puede entender que lo poseen en precario hasta el 31 de diciembre de 1988, por lo que hasta esa fecha no se puede apreciar que existiera tradición, y a partir de esa fecha, el acto jurídico que implicaría la tradición por haber dispuesto el comprador de la vivienda, sería la existencia del arrendamiento efectuado por éste a favor de los vendedores, que explicaría la posesión de la finca por éstos, a pesar de la celebración del contrato de compraventa; arrendamiento, que como se ha afirmado por el Juzgador *a quo* no se ha acreditado su existencia, por lo que cabe concluir, que no ha habido tradición, por lo que aun suponiendo que la compraventa fuera un negocio válido y no simulado, tesis que ha sido desestimada en las sentencias de instancia, el tercerista en ningún caso había consolidado el dominio a la fecha del embargo, por lo que es correcta la sentencia que desestimó la demanda de tercera de dominio, y procede en su virtud con desestimación del motivo mantener la sentencia recurrida. (STS de 27 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor recurre la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda de tercera de dominio, interpuesta contra el Banco ejecutante y los ejecutados en procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid. La sentencia del Juzgado fue desestimatoria. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue desestimado. (O. M. B.)

50. Cesión de contrato.—Tampoco materialmente tiene fundamento alguno este motivo, pues lo que se produjo el 2 de abril de 1980, mediante un documento privado suscrito por la sociedad vendedora y un tercero no litigante, seguido de otro documento privado suscrito por éste y el actor-reconvenido, no fue una novación sino una verdadera cesión del contrato de compraventa en la que se transmitió al actor-reconvenido «la relación contractual en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes», como en síntesis jurisprudencial ha declarado esta Sala en su S de 19 de septiembre de 2002 (recurso núm. 1046/97), y en la que el consentimiento del contratante cedido, esto es de la sociedad vendedora, se evidenció mediante la recepción de la mitad del precio en efectivo y el libramiento de cuatro cambiales, para el pago de la otra mitad, aceptadas por el cesionario, es decir el actor-reconvenido, y debidamente atendidas luego a través de entidad bancaria.

Usucapión.—Cumple ahora examinar el motivo tercero de este recurso de la parte demandada-reconviniente, fundado en infracción de los artículos 1949 del CC y 34 y 36 LH para impugnar la sentencia recurrida en cuanto considera que el actor-reconvenido adquirió por usucapión ordinaria.

Realmente este motivo sólo tendría algún sentido si hubiera prosperado el anterior, aunque no está de más advertir que en gran medida la sentencia impugnada da pie a su formulación al añadir a la adquisición de la finca por el actor-reconvenido mediante compra a su legítimo titular seguida de tradición, una adquisición por usucapión que, en rigor, sería incompatible con aquel otro modo de adquirir, pues como indica la doctrina científica y se ha declarado en varias sentencias de esta Sala lo que purga la usucapión es pre-

cisamente el vicio de que el transmitente no sea propietario (SSTS 30 de marzo de 1943, 20 de octubre de 1992 y 4 de octubre de 2002).

Sea como fuere, esto es aun cuando la adquisición por usucapión se considerase un razonamiento alternativo de la sentencia impugnada para el caso de no poder apreciarse la adquisición mediante compra de la finca a su legítimo titular seguida de tradición, lo cierto es que nunca cabría estimar el motivo, porque estando probado que desde el año 1980 el actor-reconvenido posee la finca pública y pacíficamente en concepto de dueño, que en ella había edificado y ejercía su comercio de venta de muebles y que los demandados-reconvientes, vecinos de la misma localidad, conocían perfectamente todas estas circunstancias e incluso habían visitado la tienda del actor-reconvenido, instalada en una nave de 200 m² con un rótulo bien visible, éstos no podrían oponerse a la usucapión con base en haber adquirido mediante subasta trece años después, pues el usucapiente tendría a su favor el apartado a) del artículo 36 LH, ni tras inscribir su título podrían invocar a su favor el artículo 34 de la misma ley, porque siempre faltó en ellos la buena fe, entendida ya como desconocimiento de la inexactitud registral (STS 22 de junio de 2001) constituida por la subsistencia de la titularidad formal de la sociedad vendedora, ya, según la jurisprudencia, en la creencia de ser titular el transmitente –sentido positivo– y la ignorancia de inexactitudes o vicios invalidatorios de esa titularidad –sentido negativo– (SSTS 19 de julio de 1989 y 22 de diciembre de 2000 entre otras muchas), máxime cuando también se declara probado que el mismo matrimonio demandado–reconviente, conocedor como ya se ha dicho de la realidad extrarregistral, se adjudicó pese a ello la finca en subasta y, solamente entonces, interesó del actor reconvenido noticias sobre la situación real de la finca ofreciéndole resolver el problema mediante una contraprestación económica. **(STS de 11 de abril de 2003;** no ha lugar al recurso de los demandados, ha lugar al recurso de los demandantes.)

HECHOS.–El juicio de menor cuantía que está en el origen de los dos recursos de casación que el TS resuelve, se inició por demanda en la que se ejercitaba acción declarativa de dominio sobre una finca que había sido objeto de procedimiento de apremio tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social y concluyó con la adjudicación de la finca. La demanda se interpuso contra el citado organismo, el adjudicatario y su mujer y contra la sociedad en comandita sometida al procedimiento de apremio. Se fundaba en que esta última había vendido la finca al actor trece años antes de su embargo y quince años antes de su adjudicación. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda. El recurso de apelación promovido por el matrimonio adjudicatario fue estimado en parte. Demandantes y demandados interponen recurso de casación. Ha lugar al primero, desestimando el TS el segundo. *(R. G. S.)*

51. Título dominical a efectos de usucapión.–Respecto al referido documento, que contradictoriamente se califica por los recurrentes también como «documento oficial de acuerdo con el contenido del artículo 1216 CC», viene a sostenerse que «transmite la propiedad, o bien sirve de base para la prescripción adquisitiva».

La sentencia ahora impugnada, confirmatoria en este punto de la de primera instancia, interpretando el contenido del documento de 28 de noviembre de 1941, suscrito al parecer (carece de cualquier indicación impresa o sello que acredite su «oficialidad») por el Recaudador-Auxiliar de Contribuciones de la Zona de Vera-Cuevas, llegó a la conclusión de que «no consta que los señores H. E. llegaron a adquirir definitivamente las fincas embargadas a sus abuelos pues, aun dando por cierto el documento aportado como núm. 1 con el escrito de contestación donde se hace constar que don J. y don P. H. E. pagaron la suma total de 2.250 pesetas a cuenta de la deuda que pesaba sobre sus abuelos –que lo son a la vez de los actores–, no consta que se les llegara a transferir definitivamente el dominio, ni de modo plenamente válido ni de ninguna otra forma, transmisión que hubiera requerido el correspondiente título obligacional y la entrega de la posesión», y a ello ha de estarse en casación pues la función interpretativa es facultad de los Tribunales de instancia cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre ser ilógico o contrario a derecho (SS de 13 de diciembre de 1999, 20 de enero de 2000, 15 de marzo, 24 de junio y 13 de diciembre de 2002), lo que en absoluto se aprecia en el caso ya que el documento sólo refleja que los señores H. E. abonaron determinadas cantidades «para que por el pronto se paralice la subasta de las fincas embargadas», lo cual evidentemente no denota que su posición jurídica sea asimilable a la de los rematantes en una subasta, y, aunque se alude –de modo incoherente y sin justificación alguna– a que cuando abonen el resto de lo adeudado por don J. E. y su esposa doña J. C. «se les pueda verificar el otorgamiento de la escritura de venta de los bienes embargados», ello no permite que el contenido del documento examinado merezca la consideración de título dominical ni siquiera de justo título (arts. 1940 y 1952 CC) a efectos de la usucapión alegada, pues carece de virtualidad intrínseca para producir la adquisición de que se trata aun con defectos subsanables por la usucapión, y es que, en definitiva, no puede ser justo título un contrato no traslativo del dominio (S de 20 noviembre de 1964), siendo de notar, además, que en este caso en realidad los señores H. E. se limitaron a hacer unos pagos para realizar (*sic*) la subasta de unas fincas embargadas a sus abuelos. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–Doña M. C. E., que actúa en beneficio de la comunidad hereditaria formada por ella y sus hermanas, demanda a sus primos sosteniendo que determinadas fincas pertenecen al caudal relicto de sus abuelos y pidiendo, por ello, al órgano judicial que, decretando la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia y las inscripciones que se hubieren practicado en base a ésta, declare su titularidad. A la demanda siguen dos reconvencciones. El Juzgado estima parcialmente la pretensión declarando la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia respecto a dos fincas junto a la nulidad de las subsiguientes inscripciones registrales. Apelan las actoras y los demandados. La Audiencia estima parcialmente el recurso de doña M. y, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado, añade dos nuevas fincas a las ya afectadas por la nulidad de la escritura y asientos antedichos. Los demandados interponen recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

52. Acción de división.—La acción de división de la comunidad (art. 400 CC) representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna— salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años— por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto (SS de 5 de junio de 1989 y 14 de abril de 1997). En el caso de que en virtud de un derecho de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa (STS de 27 de diciembre de 1999).

Compatibilidad del derecho reconocido en el artículo 400 CC y la atribución judicial del uso de la vivienda.—La cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso que corresponde al otro cotitular excónyuge. El derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública puede garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede modificarse por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (SS de 19 de noviembre de 2001 y 20 de mayo de 1993). (STS de 18 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por sentencia judicial se decretó el divorcio entre la Sra. A. V. S. y el Sr. M. L. R. Dicha sentencia se remitía a la sentencia de separación y con ello al mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa. El Sr. M. interpuso demanda en la que aducía su derecho a ejercer la acción de división de la vivienda que ambos cónyuges habían adquirido por mitades indivisas durante su matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia reconoce este derecho, pero posteriormente la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia. El marido formula recurso de casación contra la sentencia de apelación fundado en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 400 CC y jurisprudencia que lo interpreta. El TS estima el recurso.

NOTA.—La conclusión a la que llega el TS es un fiel reflejo de la doctrina marcada por éste sobre el tema que nos ocupa. Son prueba de ello, las numerosas sentencias que al respecto ha dictado el Tribunal a lo largo de los últimos años (véase, SS de 14 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995, 16 de febrero de 1998, 27 de diciembre de 1999, 19 de noviembre de 2001, entre otras). (E. C. V.)

53. Falta de legitimación activa del demandante que actuó como presidente de la comunidad sin ostentar la cualidad de propietario, exigencia ineludible ex artículo 12.1.º LPH.—Los motivos se acogen, porque:

1.º Como es sabido, la representación que de la Comunidad ostenta su Presidente viene configurándose por la jurisprudencia en S de 31 de diciembre de 1996 en cuyo FJ 2.º exponía: «El presidente actúa como representante, que la doctrina califica de orgánico, pues ni es representante legal (aunque su designación la hace la ley), porque no suple la capacidad de nadie, ni volun-

tario porque la representación no se la confieren los copropietarios. Su nombramiento no requiere unanimidad (art. 16.2), puesto que ningún precepto de la ley la exige. El acuerdo de la Junta es naturalmente impugnabile pero fundándose en causa determinante de la nulidad de la designación...», reproduciéndose la anterior de 19 de octubre de 1993 y, en cuanto al carácter procesal del presupuesto, se decía en S de 22 de diciembre de 2000, FJ 1.º: «Se denuncia un supuesto quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al no haberse apreciado en la sentencia la falta de “personalidad jurídica” de la Comunidad de propietarios demandada. Sin embargo, al desarrollar la argumentación del motivo, la parte se “olvida” de la cuestión de “personalidad” que plantea y entra en consideración de una pretendida “falta de acción” o falta de legitimación *ad causam* de la actora. En cuanto al primer extremo tenemos que dar por reproducidos los razonamientos de la Sala de instancia dado que “el artículo 12 LPH, que establece que los propietarios elegirán *entre ellos* un presidente que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que le afecten”. En cuanto al segundo extremo, es decir, la falta de legitimación *ad causam* que aunque propuesta preliminar al fondo es tema vinculado al estudio de este último», pues, se basa en la pretensión o derecho esgrimido.

2.º En el litigio se cuestionó por el recurrente desde la misma contestación a la demanda, que el supuesto Presidente de la Comunidad actora no podía serlo, al no ser propietario o comunero de la misma, en armonía con la exigencia imperativa del artículo 12 LPH, (vigente a la sazón hasta el 13.1 de la actual Ley de 6 de abril de 1999), que requiere su nombramiento entre los propietarios de la misma. Ausencia de ese carácter que, incluso la recurrida reconoce en su transcrito fundamento jurídico, al decir que, «con independencia de autorizada doctrina que sostiene que no puede ser Presidente de la Comunidad quien no es copropietario», no obstante, por las razones –insostenibles– que aduce lo considera como tal.

3.º Además, prevalece al punto la decantada doctrina –por todas vale la de la citada S de esta Sala de 30 de abril de 1994, que afirmó: «Habida cuenta la cualidad de no copropietario del nombrado Presidente, se ha vulnerado frontalmente lo dispuesto en el párr. 1.º del artículo 12 LPH, que preceptúa que “los propietarios elegirán de entre ellos un Presidente que representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que le afecten”, imperatividad, pues, que sitúa el precepto dentro del ordenamiento calificado de *ius cogens*, y que por lo tanto, los actos en contra de lo así prescrito... son nulos de pleno derecho, debiendo al respecto reproducir, entre otras, la doctrina reflejada en la sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 1993, sobre el carácter imperativo de las normas de la LPH y la nulidad de sus actos contraventores». Imperatividad, pues, del aludido precepto de la ley especial que es indiscutible. (STS de 18 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–El actor demanda al constructor, aparejador y arquitecto de un inmueble exigiéndoles la subsanación de los defectos de construcción observados en el edificio y subsidiariamente, la indemnización de los daños sufridos por la comunidad de propietarios, tanto en lo relativo a elementos comunes como privativos. El constructor y el arquitecto alegaron, sin éxito, la excepción procesal de falta de legitimación activa del actor. La demanda fue parcialmente estimada. Interpone recurso de apela-

ción el arquitecto, al que se adhiere el constructor. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia excluyendo una vivienda de la relación de las que debían ser reparadas. Acude al TS el constructor. Su recurso de casación fue estimado. (R. G. S.)

54. Representación del Presidente de la Comunidad de propietarios para actuar en nombre de ésta por los daños –generales o individuales– derivados de vicios de la construcción.– El primer motivo del recurso se funda en la supuesta infracción del artículo 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio y denuncia la falta parcial de legitimación del Presidente de la Comunidad para accionar por daños que excediendo de elementos comunes afectasen a viviendas o locales susceptibles de titularidad individual o privativa de los distintos copropietarios integrantes de la Comunidad. En realidad, el precepto se limita a señalar, de modo más general, que el Presidente «representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que le afectan», es decir, el tema que se plantea no es de legitimación sino de representación (por tanto subsanable a diferencia de la legitimación) y se concreta a la extensión del poder legal que la Ley reconoce al Presidente de la Comunidad. En principio, los daños referidos a una vivienda concreta afectan a su titular o copropietario, no directamente a la comunidad, por lo que de las acciones correspondientes dispone éste, no obstante pueda otorgar su representación a otra persona y, desde luego, al Presidente de la Comunidad, salvo incompatibilidad de intereses. Empero, cuando de la reclamación por vicios de la construcción se trata, los daños afectan, a veces, tanto a la estructura y elementos comunes del inmueble, como a otros que se concretan en determinados apartamentos, para cuya valoración técnica, según mayor o menor generalidad, no puede abstraerse del conjunto en cuanto contribuye a la fijación del concepto de «ruina funcional» sobre el que tanta jurisprudencia existe, contemplando el edificio como un *totum*, sin determinación exacta de los propietarios más afectados. De ahí, que deba sentarse el postulado de que en los supuestos de reclamaciones *ex* artículo 1591 CC, sin perjuicio de las legitimaciones propias, la representación del Presidente, a no existir óbice, impedimento, o pacto o acuerdo lícito en contrario, debe entenderse bastante para extenderse a todas las reparaciones que afecten al edificio, sean de incidencia directa sobre pisos determinados, sean de carácter más general. En el caso, además, el fundamento jurídico de la sentencia rechaza la falta de legitimación del Presidente de la Comunidad actora, pues considera que las alegaciones formuladas al Presidente para desvirtuar su «legitimación», basada en que no se alude al interés de los comuneros en el arreglo de los defectos que existen en sus viviendas, sino que se refiere sólo a la «defensa de los intereses de la Comunidad», no han de aceptarse ya que la actuación de la Comunidad al encargar el exhaustivo informe aportado con la demanda, sufragado por los comuneros, demuestra que existe la conformidad necesaria del encargo total al Presidente. El motivo ha de ser desestimado. (STS de 14 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–El Presidente de una Comunidad de propietarios reclama determinada cantidad y que por los demandados se realicen las obras de reparación necesarias para rehabilitar y dejar en perfectas condiciones el edificio. El Juzgado estima parcialmente

la demanda y condena solidariamente al abono a la actora de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia al promotor, al arquitecto y al aparejador, desestimando las restantes pretensiones. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y estima en parte la demanda condenando al arquitecto y al aparejador a la reparación de los defectos detectados en el edificio. El TS desestima el recurso de casación que interpone el aparejador. (R. G. S.)

55. Criterio de la mayoría o de la unanimidad para la validez del acuerdo de la Junta de Propietarios sobre obra de cerramiento de edificio por medio de la colocación de una verja.—La cuestión relativa a la aplicación o no de la regla de la unanimidad para la validez en la adopción del acuerdo depende de las características de la obra de cerramiento, pues si estas son, como explica la STS de 31 de marzo de 1995 «extraordinarias, necesarias y no modificativas» de los elementos comunes, el acuerdo exigible se rige por la regla de la mayoría, lo que no sucedería si son obras que alteran los elementos comunes tal como razona, en otro caso de cerramiento, la STS de 30 de enero de 1996. No cabe duda que la certidumbre de los datos fácticos corresponde acreditarlos en la instancia y valorarlos, también, en dicha sede en razón de la calificación a la que se vinculan, de modo que sólo cuando su apreciación, de manera clara, incida en error en la calificación, estaríamos en presencia de un *error iuris*. La sentencia del órgano *a quo* al inclinarse por la doctrina que sienta la STS de 31 de mayo de 1995, efectúa una valoración del elemento de hecho, o sea de la verja cuestionada, en relación con el supuesto contemplado por la sentencia citada y llega a la conclusión de que encaja perfectamente dentro de la misma a cuyo criterio resolutorio se acoge. Las obras, en el caso de esta sentencia, consisten en la colocación de puertas correderas mecánicas y manuales y en la instalación de una valla de mampostería y alumbrado. No se trata, en definitiva, como sucede en el caso a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo que se aduce como doctrina opuesta, de un muro de cerramiento. Por tanto, es aplicable al presente asunto, el razonamiento que contiene esta última sentencia que expresamente declara, «no es asimilable el presente supuesto fáctico al que dio lugar a la S de 5 de diciembre de 1989 invocada por la recurrente, y ello porque existe muy apreciable diferencia entre la instalación de verjas o cancelas que permitan el cierre de un pasaje privado y la construcción de un muro que cierra una urbanización originariamente abierta, lo que altera muy considerablemente la situación general prevista en el título constitutivo, excediendo los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la regla de la unanimidad establecida en el artículo 16.1 LPH en relación con el artículo 11» (STS de 30 de enero de 1996). En suma, ha de respetarse el criterio seguido por la sentencia recurrida que al valorar los datos de hecho, realiza una calificación razonable y, por ello, aceptable. En consecuencia, se rechaza el motivo. (STS de 3 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un propietario demanda a su comunidad solicitando pronunciamiento judicial sobre la nulidad del acuerdo por el que se aprobaba el cerramiento de la entrada al edificio. Es de señalar

que a la Junta asistió el hijo del demandante, quien condicionó su consentimiento al acuerdo a que previamente se liquidaran las deudas con su padre. Al tiempo de la votación reiteró su reticencia: «no, hasta que no se liquide totalmente» y sólo un vecino más se opuso al acuerdo. La reclamación fue estimada por el Juzgado pero la Audiencia revocó la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación el actor declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

56. Interpretación del contrato.—Pero además, en cuanto al fondo resulta igualmente improcedente el motivo. Dice la S de esta sala de 21 de abril de 1993 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 la intención de las partes y el espíritu o finalidad que haya presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el artículo 1282 CC, la cual no excluye —como ha advertido entre otras la S de 8 de abril de 1931— los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes».

La recurrente se apoya en el párrafo segundo de la condición transcrita contenida en el referido acuerdo, en que se habla de «resolución de pleno derecho de la compraventa» y obvia el párrafo primero en que la obtención de las autorizaciones y licencias municipales se eleva a condición suspensiva del contrato; esta contradicción entre uno y otro párrafo, obliga al juzgador a indagar la verdadera intención de los contratantes, a la que la Sala de instancia llega a través de la valoración de la conducta de las partes previa al acuerdo de 6 de mayo de 1991; tal labor hermenéutica de la instancia no puede, por tanto, calificarse de ilógica ni contravenidora de las normas de interpretación contractual que se citan en el motivo.

Autorización de la comunidad de propietarios para alterar la configuración o estado externo del edificio.—El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: a) Como dice la S de 27 de junio de 1996, «la apreciación de si las obras suponen una alteración de la configuración o estado exterior del edificio pertenece a la soberanía de la instancia, cuyo juicio ha de ser respetado en casación salvo que sea arbitrario o ilógico», calificativos que no pueden decirse del realizado por la Sala de instancia, a tenor de la doctrina jurisprudencial que a continuación se cita. b) Las paredes externas del edificio, aun las que delimitan el piso propio son elementos comunes del inmueble (S de 24 de febrero de 1996); «debe destacarse que en el caso de autos —dice la S de 15 de abril de 1978— las obras se realizaron en elementos comunes del edificio, y no en el privativo del demandado, ya que, tanto las columnas de sostenimiento de las fachadas, como las paredes construidas entre esas columnas para cerramiento del edificio, no son propiedad exclusiva del dueño de la vivienda o del local al que sirven para aislarle de la calle». c) Ante un supuesto de apertura de tres huecos en muro común que cierra un patio posterior de la finca, dice la S de 24 de febrero de 1996, antes citada, que llano es, que la construcción de esos huecos en pared comunal, con independencia de que afecte o no a la estructura o fábrica del edificio, altera la configuración de dicho muro, y, por lo tanto, para su verificación se debían de haber cumplido los requisitos que establece la Ley de Propiedad Horizon-

tal, en citados preceptos, a saber, el artículo 7.1.º y 11 pues se repite, no cabe discutir que los huecos abiertos en pared comunal alteran su configuración o estado exterior por lo que la limitación legal acogida por la Sala es indiscutible»; y como señala la S de 15 de abril de 1978 la configuración es conforme al Diccionario, «disposición que compone y cuerpo y le da su peculiar figura».

Doctrina plenamente aplicable al caso enjuiciado en que las obras para instalación del aire acondicionado exigían la apertura de ocho huecos de las dimensiones que constan en el proyecto unido a los autos, en la fachada del inmueble. A ello no se opone la cláusula contenida en los estatutos de la comunidad, puesto que en ella no se mencionan las obras que supongan una alteración de la configuración exterior del edificio, y tal cláusula como derogación o excepción al régimen legal ha de ser interpretada restrictivamente; aparte de que alegándose una incorrecta interpretación de la misma, debió de acudirse para impugnar la declaración de la sentencia de instancia a las normas de interpretación de los contratos. (STS de 19 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promociones Keops, S. A.* promueve demanda contra el *Banco Exterior de España* (hoy absorbido por el *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) en la que solicita se condene a la demandada al pago de cierta cantidad y a que firme a su favor la escritura de compraventa de un local. La demanda se desestima en ambas instancias siendo de notar que, como se declara en las dos sentencias, la compraventa se celebró si bien se entendió sometida «no sólo a la condición de obtener licencia del Ayuntamiento, sino a la autorización de la comunidad de propietarios para la realización de las obras del aire acondicionado», necesaria esta última —según la sentencia del Juzgado— por afectar a elementos comunes. El tema central del recurso de casación se refiere a la interpretación de la condición resolutoria para *Keops, S. A.*; suspensiva para la entidad bancaria. El TS declara no haber lugar al que interpone la actora. (R. G. S.)

57. Las entidades de gestión, una vez autorizadas por la Administración, están legitimadas para hacer valer los derechos de propiedad intelectual en toda clase de procedimientos.—El motivo ha quedado sin efectividad, al haber reconocido en el contrato extrajudicial de 17 de marzo de 1998, el derecho de la entidad demandante a la gestión de los derechos de la propiedad intelectual concedido a los productores y autores de los contenidos audiovisuales, por la Ley 22/1987 aplicable en la fecha de promover la demanda, legitimación activa de las Entidades de Gestión una vez autorizadas para la realización de las actividades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, por la correspondiente autoridad administrativa, y en los términos que resulten de los propios Estatutos de tales Entidades, como dispone el artículo 135 de la Ley 22/1987. Legitimación que ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, desde que se presentaron casos regulados por esta Ley, que aunque suprimiendo el monopolio instituido por la de 24 de junio de 1941 a favor de la Sociedad General de Autores de España, que tenía la representación oficial y exclusiva de los derechos de autor, sin embargo, entendió la referida jurisprudencia, que las

Entidades de Gestión de estos derechos, autorizadas por la entidad administrativa (Ministerio de Cultura), están legitimadas en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercitar los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos de carácter administrativo o judiciales, tal como determina el artículo citado 135 de la LPI de 1987, en SS de 18 de octubre y 18 de diciembre de 2001, de 15 de julio, 24 de septiembre y 15 de octubre de 2002, señalando la primera y la última de las sentencias citadas, que se trata de una legitimación propia, y no por sustitución de los titulares de los derechos de autor, apareciendo, por otra parte, más patente esta legitimación propia de las entidades de gestión, en la nueva normativa del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), cuando en el apartado *c*) del núm. 4 del artículo 20, establece que estos derechos se harán efectivos a través de entidades que los gestionen, y en el supuesto de que el titular no hubiese encomendado la gestión a entidad determinada, se harán efectivos por una que gestione los derechos de la misma categoría.

El derecho a autorizar las emisiones y retransmisiones audiovisuales corresponde a las sociedades de gestión.—Se alega la vulneración del artículo 116.1.a) de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, actualmente 126.1.c) del Texto Refundido, en relación con el artículo 29.4.e); preceptos que se refieren al derecho exclusivo de autorizar la transmisión radiofónica concedido por el precepto primeramente indicado a las Entidades de radiodifusión, ahora bien, estos derechos están reconocidos en los artículos 123 y siguientes de la Ley referida en primer lugar, que establece las acciones que les corresponden a sus titulares, que para estos supuestos, en atención a que para la obtención del producto que es objeto de emisión al público, se requiere el concurso de diversas personas entre los que aparece, con relevancia, el autor, por ley, estas personas ceden sus derechos en exclusiva al productor, sin perjuicio de la cláusula de salvaguardia de los derechos de autor, que posteriormente ha reconocido en el artículo 131 del TRDLPI de 12 de abril de 1996, derechos estos, que han de ser ejercitados por las Entidades de gestión legalmente autorizadas, y que en este supuesto es la entidad actora EGEDA, apareciendo como uno de los más relevantes, el derecho exclusivo de autorizar sus emisiones y transmisiones en otros medios, de sus obras fonográficas o audiovisuales. (STS de 13 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores (EGEDA)* interpone demanda contra *Vicosat, S. L.* en la que interesa se dicte sentencia por la cual se decrete la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión que *Vicosat, S. L.* está llevando a cabo. Reclama además su derecho a ser indemnizada por la demandada de acuerdo con las tarifas generales de ésta y conforme a su número de abonados y el período durante el que ha llevado la actividad ilícita que se denuncia. El Juzgado estimó la demanda en su integridad, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación *Vicosat, S. L.* Posteriormente, las partes llegan a un acuerdo extrajudicial por lo que el recurso —como el TS señala— «pierde interés» para las entidades litigantes. El alto tribunal declara no haber lugar. (R. G. S.)

58. Contenido del derecho de servidumbre.—A la vista de lo dispuesto en el artículo 542 CC, que se reputa conculcado con otros en el motivo, el contenido concreto del derecho de servidumbre lo determina el negocio constitutivo, la posesión en caso de haber sido adquirida por usucapión o el signo aparente en la constituida por destino del padre de familia. En el caso ahora enjuiciado hay que atender al negocio constitutivo de la servidumbre y ello patentiza que la finalidad de tal gravamen pretendía hacer posible el libre acceso y uso de los elementos comunes y parcelas de equipamiento de ambas fases de la urbanización, como ha quedado expresado y por ello se constituyó una servidumbre de paso recíproca en cuanto permitía el acceso de una a otra de ambas fases para poder usar y circular en las zonas comunes, antes señaladas, pero no puede entenderse que tales anejos, inseparables de cada una de las fases, puedan ser utilizados por los plurales recurrentes para el acceso a sus viviendas y para lo cual tendrán que ejecutar obras de acondicionamiento en viales y aceras.

No es el supuesto de finca enclavada entre otras y sin salida a camino público.—En el caso traído ahora a la censura casacional, la servidumbre de paso por zonas constituidas al efecto fue recíproca y no para servir de acceso a las viviendas de cada fase, sino para hacer posible el uso común de zonas verdes y piscina y recintos deportivos, porque como se consignó en el ordinal anterior y consta de la prueba de autos la finca de los recurrentes tiene acceso desde el vial de dominio público y no precisa utilizar el privado de los recurridos. Por ello la cita como infringido del artículo 564 no resulta de recibo, porque no se trata de finca enclavada entre otras y porque tiene un acceso a vía pública. Tampoco se ha demostrado que esta salida sea insuficiente para atender las necesidades del predio dominante como exige la doctrina de esta Sala, *ad exemplum* en su S de 13 de junio de 1989. Al no concurrir los presupuestos señalados en el precepto que se reputa infringido, finca enclavada y sin salida a camino público, ni paso indispensable por predio ajeno, el motivo parece inexcusablemente.

Interpretación de los contratos: actos anteriores.—El artículo 1282 CC indica que debe atenderse, para averiguar la intención, a los actos coetáneos y posteriores al contrato, pero ya señalaron las añejas SS de 30 de marzo de 1974 y 12 de noviembre de 1984 que también debe atenderse a los actos anteriores. Pues bien, tales actos anteriores se encuentran en el Proyecto de Compensación y Plan Especial, y los posteriores en el Proyecto de Urbanización y Ejecución por parte de Valmazán S. L. de obras de fase A. De todo ello se desprende que fue la única voluntad e intención del promotor establecer una urbanización única, pero con dos fases constructivas diferentes, cada una con propios viales de acceso a las viviendas, pero los equipamientos comunes, unos en una parte y otros en otra, determinaron la creación de la servidumbre recíproca. (STS de 11 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda, promovida por una pluralidad de actores frente a una pluralidad de demandados, postulaba la libertad de dos parcelas enclavadas en una urbanización de los gravámenes de servidumbre de paso. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria. Recurrido el fallo por los demandantes, la Audiencia estimó parcialmente el recurso. Los actores interponen recurso de casación declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

59. Interpretación de los contratos: renuncia general a posibles derechos sobre una finca vecina.—La renuncia de los compradores de unas fincas a los derechos que les pudieran corresponder sobre otra finca vecina, es eficaz para el futuro, y constituye un obstáculo para el reconocimiento de una servidumbre de paso que pretende haberse adquirido en virtud de signo aparente, conforme al artículo 541 CC. La interpretación de los contratos es competencia de la Audiencia y sólo puede revisarse en casación cuando se pruebe que infringe la ley o que es contraria a la lógica.

Adquisición de servidumbre de paso: existencia de signo aparente. El hecho de que el mismo propietario de la finca conflictiva, haya cancelado registralmente la servidumbre antes de la segregación y venta de las fincas, puede interpretarse como contrario a la existencia de la servidumbre después de la venta. Para que pueda apreciarse el título de servidumbre de paso, adquirida conforme a lo dispuesto en el artículo 541 CC, no es suficiente la mera tolerancia, sino que además la servidumbre debe estar definida con precisión (lugar de paso, anchura y longitud).

Adquisición de servidumbre de acueducto: existencia de signo aparente.—Para que pueda estimarse que existe título de servidumbre de acueducto adquirida conforme al artículo 541 CC debe darse, al tiempo de la venta, algún signo aparente del servicio que un fundo presta a otro del mismo propietario. (STS de 21 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose demandado la declaración de existencia de una servidumbre de paso y otra de acueducto a favor de las fincas demandantes (basándose en la existencia de un signo aparente, art. 541 CC), se estimó en primera instancia. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró la inexistencia de las servidumbres de paso y de acueducto. (C. J. D.)

60. Servidumbre de desagüe de edificios: no constitución ni por negocio jurídico ni por usucapión. Acción negatoria.—En cuanto a la servidumbre de desagüe de edificios, es decir, de desagüe de aguas pluviales y residuales, se interesa en la demanda que se declare que el edificio de los demandantes no está gravado con la misma y, en consecuencia, se impida que el edificio de aparcamiento vierta tales aguas en la red de saneamiento de aquél. Por tanto, se trata del ejercicio de una acción negatoria que tiene por objeto que se declare que la cosa no está sometida a un derecho real del demandado y que se haga cesar el mismo; presumiéndose que la propiedad es libre, es el demandado el que tiene que probar la existencia de la servidumbre. En el presente caso, no la ha probado el demandado. La servidumbre real se constituye por negocio jurídico (título) o por usucapión, y no se ha acreditado ni uno ni otra. La sentencia recurrida insiste en que no se ha modificado el sistema de saneamiento que existía anteriormente, pero el que se haya modificado, agravado o aumentado es intrascendente, si no hubo nunca título (ni constancia registral, como se acredita) ni se ha producido usucapión. Por ello, debe estimarse este motivo, por infracción del artículo 537 CC y estimar la acción negatoria. (STS de 24 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Varios propietarios del inmueble situado en la calle Duquesa de la Victoria 24 de Logroño, demandan a la promotora

Enpale, S. A. y a la comunidad de propietarios del edificio de garajes que se extiende bajo cinco edificios de la mencionada calle, siendo uno de ellos el núm. 24. En la demanda se denuncia la realización de obras incontinentadas que afectan a elementos comunes del inmueble amén de ejercitarse sendas acciones negatorias: una de servidumbre de paso y otra de servidumbre de desagüe. El Juzgado de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda acogiendo las acciones negatorias. Apelan *Enpale, S. A.*, la comunidad de propietarios del edificio de garajes y algunos de los actores. La Audiencia estima parcialmente los recursos de la promotora y la comunidad lo que supone la desestimación íntegra de la demanda. Recurre en casación *Enpale, S. A.* y los actores apelantes. El TS declara haber lugar al interpuesto por los demandantes y casa la sentencia de apelación condenando a los demandados a cesar en los vertidos de aguas pluviales y residuales sobre el edificio de los actores. (R. G. S.)

61. Adquisición de medianería por usucapión.—El motivo tercero, fundado en infracción del artículo 1957 en relación con el artículo 348, así como del 579, todos del CC, pretende que los cónyuges hoy recurrentes habrían adquirido por prescripción la parte derruida en virtud del uso de la misma como dueños, al servirse del trozo más ancho del muro a modo de estantería para colocar aperos agrícolas y todo tipo de enseres y al ser utilizado también el resto del muro, hasta el techo, por los propietarios anteriores y por los recurrentes sin solución de continuidad, todo lo cual, a su vez, evidenciaría la cualidad de medianera, «cuando menos» de la pared «por el uso ininterrumpido, exclusivo y de buena fe y a la vista de la contraparte».

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, [...]; y quinta, porque siendo discutible y doctrinalmente discutido que la adquisición de la medianería por usucapión se rija por el artículo 1957 CC, citado en el motivo, y no por la normativa especial de la prescripción de las servidumbres sobre inmuebles, como señaló esta Sala en su S de 10 de diciembre de 1984, en cualquier caso no se alcanza a comprender cómo el uso de la pared que se alega en el motivo pudo ser, como asimismo se alega, «a la vista de la contraparte», pues claro está que, de existir, se habría hecho siempre en el interior del caserón de los hoy recurrentes y no, por tanto, a la vista de nadie ajeno al mismo.

Cese de la presunción legal de medianería.—Por todo ello el motivo ha de ser desestimado, ya que según declaró la S de esta Sala de 21 de noviembre de 1985 la presunción legal de medianería en las instalaciones divisorias de los predios deja de operar cuando se prueba que el elemento de separación pertenece en dominio privativo a uno de los titulares de las fincas colindantes por haber sido levantado íntegramente dentro de su terreno, con lo cual será evidente que la línea de su fundo alcanza el paramento exterior del muro o pared excluyendo toda idea de la comunidad de utilización en que, según la jurisprudencia sentada por las S de 15 de junio de 1961, 2 de febrero de 1962 y 5 de junio de 1982, se traduce la medianería. (STS de 25 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de una casa de una sola planta la derruye para levantar una nueva edificación compuesta de planta baja más otras dos. Al prosperar el interdicto de obra nueva promovido contra ella por los propietarios de un caserón colindante, la obra se suspende. Los propietarios alegaban sus derechos sobre el muro que cerraba el caserón por su parte izquierda, derribado a causa de la obra. La demanda interpuesta por la propietaria se funda en su propiedad exclusiva sobre la pared litigiosa y, en último extremo, en su derecho a reconstruirla aun cuando tuviera la condición de medianera. Los propietarios se oponen y reconviene. La sentencia de primera instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La sentencia de apelación confirma la del Juzgado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los propietarios. (R. G. S.)

62. Medianería: el pago proporcional de la parte alzada debe ser previo al apoyo en ésta de la propia obra (art. 578 CC).—Lo razonado hasta ahora conduce necesariamente a estimar también el motivo segundo y último del recurso, formulado al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción de los artículos 577, 578 y 579 CC en relación con los artículos 7 del mismo cuerpo legal y 11 LOPJ, ya que la sentencia impugnada, en cuanto parece concebir el requisito de pago proporcional impuesto por el citado artículo 578 CC como algo que puede acordarse absolutamente al margen de las razones aducidas por cada uno de los litigantes, y por tanto incluso cuando el infractor se ha venido resistiendo hasta el final a reconocer el derecho del otro litigante y a pagarle nada, efectivamente infringió tales preceptos, porque una cosa es que la adquisición prevista en el artículo 578 CC pueda obtenerse por vía de reconvencción y otra muy distinta que quien discute desde un principio los derechos de quien ha alzado a su costa la pared medianera, obligándole a soportar los hechos consumados de apoyar la obra en la parte alzada, acabe ganando el pleito y, por ende, con la ventaja añadida de poder discutir en ejecución de sentencia lo que desde un principio tenía que haberse mostrado dispuesto a cumplir. (STS de 20 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—D. J. R. demanda a don C. M. En la demanda interesa del Juzgado que declare su propiedad sobre la mayor altura dada a las paredes medianeras que separan su patio de la finca contigua y condene al demandado a retirar las obras y apoyos realizados sobre esas paredes alzadas, reponiéndolas a su estado anterior. El demandado se opone y reconviene, solicitando que el Juzgado declare que la parte alzada ha quedado establecida en medianería por prescripción legal urbanística habiendo él adquirido los derechos de medianería por su contribución a la terminación y mantenimiento de la parte alzada. El Juzgado de Primera Instancia acoge la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación del demandado-reconviniente, considerando que la mayor altura es una sobreelevación efectuada exclusivamente a costa del demandante y declarando el derecho del demandado a adquirir los derechos de medianería de la parte de pared alzada. Tras una aclaración

ción de sentencia, interpone recurso de casación el actor. El TS casa la sentencia y confirma íntegramente la de primera instancia. (R. G. S.)

63. Ratificación de contrato.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, acusa infracción del artículo 1259, en relación con el artículo 1280, ambos del CC. Se fundamenta en que el contrato privado de compraventa de las parcelas fue efectuado entre el actor, como representante legal de su fallecida madre, y don J. F. A., en representación de la vendedora Urbanización Valjunco, S. A., sin que ninguno de ellos tuviese poder suficiente ni ha existido ratificación de las personas en cuyo nombre contrataron [...]

El motivo se desestima. El contrato privado, de fecha 19 de julio de 1975 ha de entenderse ratificado desde el 19 de enero de 1985, en que murió la madre del actor, dejándolo como único heredero de su herencia, que aceptó. Por lo que respecta a Urbanización Valjunco, S. A., consta acreditado que recibió un ingreso bancario el día anterior a la fecha del contrato, por el importe parcial del precio de la compraventa. Se aprovechó, pues, de los efectos del contrato, sin formular ninguna protesta, por lo que es indudable que ratificó lo actuado por el Sr. F. A.

El acreedor embargante de un inmueble no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo ni por el artículo 34 LH.—En cuanto a la infracción del artículo 38 LH no se ve que se haya producido. La comunidad de propietarios Ciudad Residencial Valjunco embargó y ejecutó en ejecución de sentencia obtenida contra Urbanización Valjunco, S. A. las parcelas que estaban inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de la ejecutada, pero vendidas y transmitidas con anterioridad. La jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 LH (SS de 12 de diciembre de 1988, 16 de febrero de 1990 y 18 de febrero de 2002, entre otras). (STS de 21 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—D. J. S., en representación de su madre, compra dos parcelas a la *Urbanización Valjunco, S. A.* La representada fallece. Posteriormente, la comunidad de propietarios Ciudad Residencial Valjunco embarga a la *Urbanización Valjunco, S. A.* las parcelas antedichas. Don J. S. interpone demanda contra la Urbanización y la comunidad de propietarios en la que solicita: 1) se declare que es propietario, por herencia de su fallecida madre, de las parcelas; 2) se condene a la *Urbanización Valjunco, S. A.* a elevar a escritura pública el documento privado de compraventa; 3) se declare la nulidad del embargo y de los trámites posteriores y se ordene la cancelación de los asientos que estas operaciones hubieran producido en el Registro de la Propiedad y 4) se condene a la comunidad a entregarle las fincas así como a indemnizarle los daños y perjuicios causados. El Juzgado desestimó la demanda contra la comunidad y estimó la dirigida contra la Urbanización a la que condenó a elevar el contrato a escritura pública. La Audiencia revocó la sentencia anterior, declarando la propiedad del actor y la nulidad del embar-

go. El TS desestima el recurso de casación que interpone la Comunidad de Propietarios. (R. G. S.)

64. Notificación de la subasta al deudor: alcance de la regla 7.^a del artículo 131 LH.—Todo el formalismo que regía en el precedente procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH —como es sabido, hoy reemplazado, según la DF 9 de la vigente LEC, de 1/2000, arts. 681 a 689— está investido de un acervo disciplinario adjetivo de clásico corte *ad solemnitatem*, y, es más, ya en relación con la controvertida exigencia inmersa en la regla 7.^a del citado, la misma es de tal modo que, no sólo es reprobable su incumplimiento total, sino cuando la misma notificación hecha no lo ha sido con la observancia de todo su dictado («el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación en la finca o fincas subastadas») en su redacción a tenor de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de tal forma que, hasta la notificación de modo distinto al expuesto provoca la nulidad, pues, se resalta que, es jurisprudencia decantada que «los requerimientos y notificaciones que contempla el artículo 131, tienen categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que le integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores» (STS de 1 de junio de 1995). En esa idea, en la citada sentencia se razona sobre la necesidad de la indefensión que explica la nulidad en los términos del artículo 238.3 y 270 LOPJ y que, si no, ésta debe entenderse en el sentido material y amplio y no exclusivamente formal, se añade —en un supuesto semejante al enjuiciado sobre el eventual conocimiento del proceso por el recurrido— aquella «indefensión no puede quedar desvirtuada por la posibilidad de que dispuso el interesado para examinar la documentación obrante en el procedimiento en que intervino y conocer por ello la hipoteca preferente y prever las vicisitudes de futuro que pudieran acontecer a su remate, pues, semejante pasividad no cabe equipararla a la ausencia de la normal diligencia a exigir al buen padre de familia, de que habla el artículo 1104 CC, y por otro lado, el vicio esencial en que se incurrió no admitiría subsanación, ni podría quedar compensado, por así decirlo, con la pasividad que cupiera atribuir al rematante, por todo lo cual, es de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, por interpretación errónea, la regla 7.^a del tan repetido artículo 131 LH». Vicio esencial, asimismo, confirmado por la S núm. 52/1998, de 3 de marzo, del TC, que afirma: «El Auto cuestionado, de fecha 14 de marzo de 1996, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, contiene una tesis *que no puede ser compartida*, a saber, que el desconocimiento por parte del deudor sobre el lugar, día y hora de celebración de la subasta de la finca en el marco del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 LH, no puede en ningún caso provocar la indefensión de aquél, al tratarse, se dice expresamente, de un acto «cuya realización es procesalmente inexorable y en el que (el deudor a quien ha de dirigirse la notificación) no tiene ninguna participación activa... lo que configura a dicha notificación en lo que es en sí misma: un acto de información, pero que no constituye presupuesto alguno para el ejercicio de derechos procesales. En consecuencia, la hipotética falta de la notificación de la subasta no produce realmente indefensión a la parte recurrente, puesto que no le priva de derecho alguno

más que, en todo caso, de la información misma referida a un hecho que, como se ha dicho, es procesalmente inexorable. A este respecto, y puesto que la interpretación de la legalidad ordinaria es tarea que manifiestamente no corresponde al ámbito competencial de este Tribunal (SSTC 29/1984, 71/1984, 47/1989, 132/1991, entre otras muchas), sea suficiente con señalar que la notificación al deudor de los requisitos de lugar y tiempo de celebración de la subasta de la finca hipotecada, notificación que imperativamente exige el artículo 131.7.1 LH *in fine*, permite a aquél poder satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la adjudicación del bien (argumento *ex art.* 1489 LEC) además de posibilitar su intervención en orden a oponerse a cualquier posible irregularidad que pudiese acecer en el procedimiento de apremio. De ahí que la Sala 1.^a del TS haya podido declarar que “la omisión del trámite que tratamos, no sólo representa una infracción procedimental, sino un vicio esencial respecto a las garantías que han de presidir el desarrollo del procedimiento judicial sumario” (S de 1 de junio de 1995)», por lo que huelgan otros comentarios [...]. (STS de 25 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor pide en su demanda la nulidad de un procedimiento ejecutivo al amparo del artículo 131 LH por haberse incumplido el deber de notificarle la segunda subasta según exige su regla 7.^a. El Juzgado desestima la demanda por no haberse acreditado indefensión, al conocer el actor la existencia del procedimiento. La Audiencia revoca la decisión anterior por entender que la notificación es exigencia ineludible. Recurre en casación la entidad bancaria demandada. El TS declara no haber lugar al recurso. (R. G. S.)

65. Retracto de colindantes: gastos reembolsables. Construcción excediéndose de lo aprobado por la licencia municipal.—Son gastos reembolsables por el retrayente los gastos necesarios y útiles, entendiéndose por tales *el beneficio o incremento del valor que haya experimentado la finca retraída*. El hecho de que la construcción o mejora se haya excedido de la licencia municipal no es relevante a estos efectos. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose vendido una finca rústica, el comprador edificó en ella una barraca y una nave, esta última sin contar con la prescriptiva licencia de construcción. El propietario de la finca colindante ejercitó el retracto, que le fue reconocido en primera instancia, con la obligación consiguiente de reembolsar al comprador transmitente las partidas que señala el artículo 1518 CC. Se discute si debe considerarse como gasto útil reembolsable por el retrayente el realizado para la construcción de la nave sin la necesaria licencia municipal. En apelación y casación queda confirmada la valoración de los gastos reembolsables realizada en primera instancia, que no considera relevante —a estos efectos— el hecho de que la mejora se realizara excediéndose de lo autorizado. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

66. Gananciales: bienes privativos: artículo 1352 CC.—Este precepto, de nuevo cuño, acoge el principio de la subrogación legal; así las acciones o títulos suscritos —efecto o bien subrogado—, como consecuencia de la titularidad de otros privativos —bien subrogante—; aunque, en realidad, en el supuesto de hecho no existe sustitución de unos bienes, los antiguos, por otros, los nuevos, sino que éstos se incorporan al patrimonio del cónyuge respectivo en razón al derecho social que le corresponde por ser ya titular de otras acciones, y así se podría decir, como en el derecho de retracto, que la causa privativa es la titularidad del cónyuge, miembro de la sociedad, en cuya virtud ejercita su derecho social a suscribir nuevos títulos, y por ello su efecto o resultado de la suscripción también será privativo —principio de equivalencia—. El artículo introduce, dentro del Código Civil, una institución propia del Derecho mercantil de sociedades, que por su frecuente acacimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido esta ordenación. *El derecho de suscripción preferente*, en su amplio alcance, ya se trate de que el cónyuge titular—miembro de la sociedad— suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones.

Causa del carácter privativo.—La atribución privativa de las nuevas acciones o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece o es *como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos*, bien porque ya las aportó al matrimonio como propias, bien porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte.

Reembolso.—El párrafo final del artículo 1352 CC estructura una nueva manifestación garante del dogma del equilibrio entre las distintas masas patrimoniales. En el caso de que: 1.º se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde, sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza el importe o precio de la suscripción; 2.º o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, supuesto que, inicialmente, puede contener alguna dificultad, hablándose por la doctrina de una especie de *autorización inversora* otorgada al cónyuge socio, que permitiría eventualmente ejercitar después las acciones de los artículos 1389 y 1390 CC, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1384 CC. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El nuevo criterio legal expresado en el artículo 1352 CC sigue suscitando reservas en la doctrina española. No es aislada la opinión de los continuadores de LACRUZ (*Elementos IV-1.º*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 361): Económicamente, las ganancias que obtiene la sociedad son siempre una renta, y de algún modo la comunidad de gananciales debería tener acceso a ellas. El hecho de reemplazar las ganancias en la propia sociedad no les arrebata, desde un punto de vista económico, su condición de ganancia. Es cierto que la reinversión de los beneficios de la sociedad en las cuentas de capital de la misma no se decide libremente por el esposo accionista

o participe en todas las ocasiones; a veces le viene impuesta por los órganos de la sociedad, acaso contra su voluntad. Pero económicamente esta reinversión conserva el carácter que tenía antes de su destino al fondo de reserva: constituye siempre una ganancia que, como tal, hubiera debido recaer en la comunidad de gananciales y le ha sido confiscada. (G. G. C.)

67. Gananciales: legitimación de la esposa cuando el marido vende bienes comunes.—El origen del conflicto radica en la existencia de una compraventa de finca ganancial, realizada en 1988, en cuya formalización interviene la esposa del vendedor; todo el decurso posterior en torno a la eficacia y cumplimiento de esa compraventa, repercutirá en los intereses de la sociedad y, por tanto, ha de entenderse pertinente la presencia procesal de la esposa, incluso en el posterior contrato resolutorio, según contrato privado de 1989, a consecuencia de los incumplimientos en que incurren ambas partes, siendo necesario, por tanto, demandar igualmente a la cotitular de ese acervo societario. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

68. Gananciales: liquidación en convenio regulador: renuncia tácita a la rescisión por lesión.—Las estipulaciones del convenio regulador, y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. No puede admitirse la sentencia recurrida que afirma la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca, y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional, y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de circunstancias en las que el convenio se produjo. (STS de 6 de marzo de 2003; ha lugar.)

NOTA.—En el 2.º FD se transcribe literalmente el extenso convenio regulador judicialmente homologado, que ha regido la separación y ulterior divorcio de las partes, y cuya lectura muestra aparentemente que fue redactada en sentido favorable para la esposa (atribución de la guarda de los hijos menores, atribución de la propiedad de los dos únicos inmuebles del consorcio; si bien nada se dispone sobre alimentos ni pensión compensatoria). La fundamental cláusula final del convenio dice: *Como quiera que el matrimonio no ha supuesto desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges, éstos renuncian a reclamarse nada por este concepto, así como tampoco por el de alimentos entre ellos, ni a estipular nada al respecto, aparte lo antes expuesto.* El marido solicita la rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales, demanda desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero estimada íntegramente por la Audiencia Provincial El TS (Pte:

Auger Liñán) estima el recurso de casación de la esposa con base fundamental en el argumento de que la cláusula mencionada implica renuncia a la rescisión por lesión de la partición de gananciales.

Tema de subido interés teórico y práctico. En todo caso la supuesta renuncia a la rescisión por lesión debe calificarse de tácita o presunta, pero no expresa, ya que la frase (*los cónyuges*) *renuncian a reclamarse nada al respecto* hace sólo referencia a la pensión por desequilibrio, extendido a continuación a la pensión entre cónyuges separados, pero no a la pensión respecto de los hijos. Ciertamente el convenio es un acuerdo complejo de naturaleza global, que comprende estipulaciones de naturaleza patrimonial y personal (guarda, visita, etc.), recayendo la homologación judicial sobre el conjunto. Pero el hecho de precisar ésta no arguye, a mi juicio, de modo necesario, la renuncia a una eventual acción rescisoria. (G. G. C.)

69. Filiación extramatrimonial: reclamación *post mortem* de la paternidad: acción dirigida contra hermanos del presunto padre: prueba testifical: notoriedad.—Habiendo sido propuestos veinticuatro testigos el Juez sólo admitió los diez primeros, más dos que declararon para mejor proveer; todos los propuestos son vecinos del mismo pueblo, o de sus límites, en donde conviven juntamente con la actora y con la familia del fallecido, incluso con éste hasta su fallecimiento, según está plenamente reconocido por el demandado comparecido que manifestó al absolver posiciones que los conocía a todos ellos; es de notar que ninguna tacha o impedimento fue denunciado respecto de la integridad de dichos testimonios, y que dicho demandado admitió la realidad de la común opinión en todo el pueblo de que la actora era hija de su fallecido hermano, habiendo manifestado varios testigos que el propio fallecido les había reconocido privadamente su paternidad. Por todo ello debe concluirse que dicha paternidad quedó demostrada por notoriedad en el entorno geográfico en que se produjeron los hechos.

Posesión de estado por notoriedad pública.—Si bien es cierto que no nos encontramos ante la existencia de una posesión de estado propiamente dicha, ya que falta el *nomen* y el *tractatus*, sí nos encontramos ante algo parecido a lo que se podría denominar como *posesión por notoriedad pública*, ya que los vecinos del pueblo y aledaños vienen reconociendo desde siempre a la actora como hija extramatrimonial del fallecido hermano del demandado comparecido; incluso este mismo, apartándose de su actitud opositora en primera instancia, vino a reconocer dicha filiación en la vista de la apelación, aunque alegó que también defendía sus derechos patrimoniales. La jurisprudencia de esta Sala se caracteriza últimamente por un criterio amplio en la interpretación de los artículos 127 y 135 CC como las SSTS de 12 de noviembre de 1987, 5 de abril de 1990, 17 de noviembre de 1997, 24 de enero de 2001, y especialmente se destacaría la STS de 13 de marzo de 1999, sobre la singular relevancia de la prueba testifical para acreditar en determinados casos la posesión de estado.

Situación próxima al reconocimiento tácito.—La doctrina científica por vías diversas admite la modalidad de reconocimiento tácito, y en el presente caso, a la vista del alto grado de pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar del presunto padre, lo cual, lejos de equivaler a meros rumores o habladuría popular, autoriza a

apreciar una situación próxima a la posesión de estado, o equivalente al reconocimiento tácito.

Incongruencia.—Es cierto que en la demanda no se solicitaba la declaración de única heredera del presunto padre, pero incluyó esta petición en el escrito de ampliación presentado antes de personarse el demandado, por lo cual no hay incongruencia en el hecho de haberlo declarado la sentencia recurrida. (STS de 27 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—No son infrecuentes las reclamaciones de filiación no matrimonial interpuestas tras muchos años del nacimiento, e, incluso, como en el caso actual, una vez fallecido el presunto padre. Me parece que sería conveniente un estudio sociológico de estos supuestos, un tanto atípicos, de los que no pueden abstraerse las lógicas apetencias hereditarias, sobre todo cuando el fallecido carece de herederos forzosos, como también ocurre aquí. La actora había nacido el 15 de junio de 1965, y la demanda se interpone siete meses después de fallecer el presunto progenitor. Hay una conjetura de imposible comprobación; ¿será verdad que, en vida del progenitor, la unanimidad testifical hubiera sido hartamente difícil de lograr? ¿por qué no ejerció la madre la acción de reclamación? (G. G. C.)

70. Filación no matrimonial: acción de reconocimiento de la paternidad: madre que se niega a la práctica de prueba biológica.—Solicitada la prueba pericial biológica por el presunto padre, la madre que reconoció inicialmente la filiación se opone, añadiendo *que no sabe si es el padre, ni tiene interés en saberlo*; pero tal conducta entorpece el conocimiento absoluto de una realidad que se intuye del resto del bagaje probatorio, del que, por otro lado, es especialmente consciente, pues no duda en afirmar al absolver posiciones *que nunca ha negado la paternidad del actor pero tampoco tiene la certeza de que sea el padre*, con lo cual la madre viene a reconocer la posibilidad de que efectivamente lo sea. El resto de la prueba practicada, en su mayoría testifical, resulta claramente favorable a la tesis sostenida en la demanda, mientras que los testigos propuestos por la demandada ninguna luz arrojan en relación con sus pretensiones. Procede aplicar la doctrina reiterada de esta Sala conforme a la cual la negativa a la práctica de las pruebas biológicas unida al resto de las pruebas permiten declarar la paternidad solicitada.

Duración de la acción: imprescriptibilidad.—La actora invoca la tardanza en el ejercicio de la acción por parte del padre, alegando el artículo 7 CC que impide un ejercicio arbitrario y contrario a la buena fe del derecho tan trascendental para la vida de un menor. Tales argumentos deben rechazarse teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha declarado el carácter imprescriptible de la acción, por lo cual no puede hablarse de ejercicio tardío del derecho de paternidad no matrimonial. (STS de 11 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—No es frecuente en los últimos años, que se produzca ante los Tribunales un frontal, e irracional, rechazo de la madre a las pretensiones de quien solicita se reconozca su derecho de paternidad no matrimonial como se dio en este caso. Ha cambiado el transcurso social de estas situaciones respecto de 1981. Por ello, la indudable normativa *pro mater* recogida en el artículo 124 CC, acaso debiera ser ahora revisada. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Carácter irrevocable de la aceptación y de la repudiación de la herencia.—De acuerdo con el artículo 997 CC, proclama el TS que tanto la aceptación, como la repudiación de la herencia son irrevocables, una vez realizadas en la forma prevista por los artículos 998 y 999 CC (entre otras, SSTS de 23 de mayo de 1955 y de 15 de noviembre de 1985). Por tanto, aceptada o repudiada la herencia, esta declaración de voluntad no recepticia no puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contra, cualquiera que sea la proximidad temporal de los mismos. Se trata, pues, de una norma imperativa que busca evitar situaciones de temporalidad en la condición de heredero (STS de 4 de febrero de 1994).

Eficacia obligacional de la aceptación y de la repudiación de la herencia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada la que proclama la eficacia obligacional de la aceptación y de la repudiación de herencia, como obligaciones unilaterales (SSTS de 25 de abril de 1928, 6 de marzo de 1944, 18 de septiembre y 17 de octubre de 1975).

Contenido de la repudiación de la herencia.—Según el TS, la repudiación de la herencia afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia. Esto es así porque a lo que se renuncia es a la condición de heredero, no a la titularidad de los bienes que integran el caudal relicto. Por tanto, no se puede repudiar la herencia de forma parcial; es decir, únicamente respecto de ciertos bienes.

Recurso de apelación. Falta de asistencia a la vista de los letrados de la parte apelante. Efectos.—Declara el TS en diversas sentencias (SSTS de 19 de febrero de 1991 y 2 de febrero de 1995) que la falta de asistencia de los letrados de la parte apelante a la vista —cuya celebración ha sido debidamente notificada— no implica el desistimiento de la apelación y la confirmación de la sentencia de instancia. Por el contrario, tal inasistencia sólo supone la pérdida voluntaria de la posibilidad de ser oídos por el tribunal que conoce del recurso. (STS de 28 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. J. P. lega en testamento a su esposa el usufructo vitalicio de sus bienes e instituye herederas a partes iguales a sus dos hijas y a la hija de su esposa, doña J. N. V. Fallecido el testador, la mujer y las tres hijas mencionadas otorgan escritura pública de aceptación de la herencia del causante, en la que se formaliza el inventario del caudal relicto y en la que se contiene la renuncia pura y simple de doña J. N. V. a sus derechos sobre la herencia del causante. Al día siguiente, las otorgantes de la escritura suscriben un documento privado en el que se manifiesta que han convencido a doña J. N. V. para no llevar a cabo la renuncia y que, por tanto, debe tener la parte correspondiente en la herencia de don J. M. J. P., para lo cual se comprometen a otorgar escritura pública de compraventa de una tercera parte indivisa de todo lo que ha constituido el inventario de la herencia, a favor de la renunciante. Dicha escritura se otorga el 5 de diciembre de 1987.

El 28 de febrero de 1994, doña J. N. V. recibe una copia de una minuta de escritura de adición de inventario en la que se relacionan una serie de bienes no incluidos en el inventario inicial del caudal relicto. Reclama ésta entonces a su madre y a sus hermanas uterinas

su parte sobre los mismos, solicitando en la demanda que se obligue a éstas a formalizar la correspondiente escritura de adición de inventario y, consiguientemente, la aceptación de herencia y división de la cosa común. La demanda es estimada en primera instancia, frente a lo cual recurren las demandadas. El recurso de apelación es desestimado y las demandadas interponen recurso de casación ante el TS, que declara haber lugar al mismo, revocando la sentencia de primera instancia. (A. M. M.)

72. Nulidad de la partición.—Se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico de tal modo que se producirá cuando falte un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad (SSTS de 13 de junio de 1992 y 17 de octubre de 2002).

En el caso concreto, la nulidad se debe a que, por una parte, falta el presupuesto esencial de una comunidad hereditaria que partir, pues la partición ya estaba hecha, y, por otra, que aunque se considerase que los demandados ejecutaron la partición convencional que se había realizado anteriormente, no lo hicieron quienes tenían derecho a ello, sino quienes no podían hacerlo.

Principio del favor partitionis.—La jurisprudencia ha venido afirmando la necesidad de respetar el criterio de nuestro Ordenamiento jurídico, que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones judiciales o extrajudiciales (SSTS de 17 de abril de 1943, 17 de marzo y 5 de octubre de 1955, 25 de febrero de 1969 y 15 de junio de 1982). Se pretende así evitar volver al estado de indivisión hereditaria, situación compleja y con dificultades de realización práctica.

Doctrina de los actos propios.—Ha sido recientemente resumida por las SSTS de 28 de enero y 9 de mayo de 2000 en los siguientes términos: «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior». (STS de 13 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El testador dispuso en su testamento la partición de la herencia por comisario-contador partididor. Transcurridas las prórogas y por tanto el plazo para realizarla, el propio contador partididor, la viuda del causante y todos los hijos, herederos, practican la partición convencional, plasmada en documento privado. En una de las cláusulas los herederos encargan mancomunadamente al contador partididor junto a otras personas la redacción y protocolización del cuaderno particional y de los demás documentos complementarios en ejecución de lo convenido.

El contador partidor realiza junto a la viuda del causante una partición de herencia con liquidación de gananciales tras la citada partición convencional, realizada por los propios interesados mayores de edad, y sin hacer mención de ella.

Dos de los herederos interponen demanda contra el contador partidor, la viuda del causante y el resto de los herederos, en la que solicitan la nulidad de la partición realizada por los dos primeros y de los actos dispositivos basados en la misma. (B. F. G.)

73. Partición de herencia. Nulidad.—El TS reconoce (entre otras, SSTs de 13 de junio de 1992 y 17 de octubre de 2002) que la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico. En consecuencia, la misma se producirá cuando falte un elemento esencial, se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Litisconsorcio pasivo necesario.—El litisconsorcio pasivo necesario ha sido tratado con detalle por la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 10 de octubre de 2000, 31 de enero, 22 de marzo y 5 de junio de 2001). Esta doctrina exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso. Se trata, pues, de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio. En definitiva, la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario impide sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles. (STS de 14 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. E. M. S. es cotitular de varias cuentas bancarias junto a su hermana doña M. M. S. y otros familiares. Ambas fallecen sin testamento, aunque doña M. M. S. premuere a su hermana. En octubre de 1994 se dicta auto de declaración de herederos de doña D. E. M. S., que declara como tales a doña M. A. M. C., don M. A. M. C., doña C. B. M., doña M. E. M. S., doña M. I. M. S. y don A. M. S. Pero previamente (en febrero de 1994), los seis anteriores junto con doña J. A. P. M. (una de las cotitulares de las cuentas bancarias) ya se habían reunido y habían acordado la división de todos los saldos de las cuentas o libretas en siete partes iguales.

Posteriormente, doña M. A. M. C. (una de las coherederas) interpone demanda contra todos los demás interesando la nulidad de la partición convencional de la herencia de doña D. E. M. S. y la restitución de aquel dinero perteneciente al caudal relicto, que cada uno de los demandados hubiere recibido. El Juzgado de Primera Instancia la desestima, al apreciar de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En grado de apelación, esta sentencia es revocada y tras absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, se declara que la operación realizada no

consiste en una partición hereditaria. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

74. Declaración de incapacidad.—La incapacidad proviene, en todo caso, de una declaración expresa y formal de incapacitación judicial, de tal modo que, al suponer una restricción en la capacidad de obrar de la persona, mientras no exista esta incapacitación *ope sententiae*, la persona cuestionada es capaz.

Fiducia sucesoria aragonesa pendiente de ejecución y litisconsorcio pasivo necesario.—Los recurrentes denuncian que la Audiencia Provincial no apreciase la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que no se demandó a la madre de los demandados y esposa del causante, quien, en virtud del testamento, devino usufructuaria universal de todo el patrimonio y fiduciaria de una fiducia aragonesa sin realizar. El litisconsorcio pasivo necesario pretende que estén presentes todos los interesados en la situación jurídico-material que se ventila en el proceso, ya que sobre quienes carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, no puede recaer pronunciamiento que les afecte de modo directo. Asimismo, cuando concurre vínculo de solidaridad (arts. 1144 o 1184 CC) no cabe apreciar la figura del litisconsorcio pasivo necesario. Según lo dispuesto en los artículos 110 y 113 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 3/1985, de 21 de mayo), mientras el fiduciario no haya cumplido el encargo recibido, hay una situación de pendencia en la que existe una comunidad hereditaria entre todos los interesados (cónyuge superviviente e hijos) y se da un vínculo de solidaridad entre ellos, lo que excluye toda posibilidad de existencia de litisconsorcio pasivo necesario. En consecuencia, aunque no se llamase a la esposa usufructuaria, no se hace necesaria su llamada al procedimiento.

Requisitos de la facultad resolutoria (art. 1124 CC).—Como se desprende de constante doctrina jurisprudencial (SS de 3 de febrero de 1989, 20 de diciembre de 1993, 10 de enero y 9 de mayo de 1994), para instar la resolución es preciso que el solicitante haya cumplido con su parte y, además, haya verdadero incumplimiento por la contraparte. Respecto a este incumplimiento, la voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una voluntad deliberadamente rebelde o una persistente resistencia al cumplimiento, que supondría exigir tanto como el dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), sino que es suficiente con frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes. (STS de 2 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1985, las Sras. M. P. y M. L. M. M. celebraron con el Sr. A. M. A. M. un contrato de permuta de unas parcelas, que se formalizó en documento privado. El Sr. A. M. A. M. realizó un requerimiento notarial a las permutantes en que se les comunicaba el cumplimiento por su parte mientras ellas incurrían en mora. Posteriormente, las permutantes comunicaron, vía notarial, al Sr. A. M. A. M. que los documentos se encontraban en una notaría para su elevación a escritura pública. En octubre de 1993, el Sr. A. M. A. M. comunicó a las Sras. M. P. y M. L. M. M. la resolución del contrato. En 1994, las Sras. M. P. y M. L. M. M. interpusieron demanda contra la otra parte del contrato. Las demandantes solicitaban que se declarase su derecho a que se otorgase escritura pública de

permuta. Los demandados plantearon reconvencción, en la que solicitaban la declaración de resolución del contrato de permuta. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Planteado recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Logroño lo desestimó. El TS desestima el recurso de casación planteado por los demandados, quienes alegaban la falta de capacidad de una de las demandantes así como la incorrecta constitución de la litis.

NOTA.—Uno de los argumentos alegados por los demandados para recurrir la sentencia de la Audiencia Provincial es la falta de litisconsorcio pasivo necesario. En su opinión, debería haber sido demandada la viuda usufructuaria, ya que, además, a ella le correspondía, en virtud de la fiducia sucesoria, distribuir los bienes entre los herederos. Al analizar esta cuestión se deben tener presentes los siguientes antecedentes de hecho: *a)* En su testamento de 1961, el Sr. A. M. A. M., de vecindad civil aragonesa, dejó en usufructo todos sus bienes a su esposa; *b)* posteriormente, celebró con las demandantes un contrato de permuta de fincas, que, al fallecer el demandado, no había sido aún consumado, a pesar de los recíprocos requerimientos de las partes; y *c)* de acuerdo con las disposiciones testamentarias, correspondía a la viuda, en virtud de una fiducia sucesoria, distribuir entre sus hijos y demás descendientes los bienes del difunto, partición que durante el proceso todavía no había tenido lugar.

En este caso, el fallecimiento del permutante se ha producido sin que se haya cumplido el contrato, de modo que la finca permutada no ha llegado a salir del patrimonio del permutante y el cónyuge usufructuario tiene el derecho de usufructo viudal sobre ella. Sin embargo, el pago de las deudas de la herencia no corresponde al cónyuge usufructuario sino a los herederos pero en este caso aún no hay herederos designados por el cónyuge fiduciario. De acuerdo con el artículo 113 de la Compilación aragonesa, en este caso se deben aplicar las reglas de la comunidad hereditaria, conforme a las cuales los obligados al pago de la deuda son los integrantes de la comunidad, o sea, los hijos y descendientes del fallecido, no su cónyuge. (José Antonio SERRANO GARCÍA, «Comentario a la STS de 2 de abril de 2003», *CCJC*, núm. 65, pp. 503-533). (*M. V. V.*)

DERECHO MERCANTIL

75. La confusión entre una denominación social o nombre comercial y una marca, no implica confusión para los consumidores y usuarios.—La finalidad de la normativa referente a denominaciones sociales o nombres comerciales, no es la de evitar confusiones entre la variedad de productos que los consumidores y usuarios eligen y seleccionan, sino que aquella se limita al ámbito de la constitución y funcionamiento orgánico de las sociedades o entes en general. Es precisamente la ordenación relativa a «marcas», la que trata de distinguir en el mercado, los productos o servicios de una empresa de los de otras.

Así las cosas, si tiene lugar una colisión entre una denominación social o un nombre comercial con una marca, cumplidas las disposiciones aplicables a las primeras en la legislación mercantil, dicha confusión no tendrá consecuencias jurídicas y, en todo caso, dicho cumplimiento se mantendrá siempre en un ámbito tabular, esto es, no repercutirá en el «mercado».

Protección del nombre comercial mediante el Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883.—Basta acreditar que el nombre comercial es utilizado como denominación o razón social en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, para obtener en España la misma protección que recibiría de estar efectivamente inscrito en el Registro español (SSTS de 24 de febrero de 1989 y 18 de diciembre de 1990, entre otras). (STS de 15 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Puma Sportschufabriken Rudolf Dassler, K. G.* solicita al Juzgado de Primera Instancia la nulidad del nombre comercial «Puma Internacional Sport», por ser incompatible con la marca de que es titular la actora. La mercantil demandada reconviene y suplica al Juzgado que declare la nulidad de la marca. En primera instancia se desestima tanto la demanda como la reconvencción, si bien se declara la caducidad de la marca y por ende la inexistencia de colisión con el nombre comercial. La Audiencia Provincial considera incompatible el nombre comercial con la marca de que es titular la actora recurrente y declara la nulidad de aquel. El TS casa la sentencia dictada en apelación y confirma la de primera instancia.

NOTA.—Una de las normas aplicadas en la sentencia es la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Téngase en cuenta sin embargo, que dicha norma ha sido derogada por la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 31 de julio de 2002. (*J. D. S. C.*)

76. Nulidad de la cláusula de renuncia a la indemnización por clientela.—Resulta evidente la nulidad de la cláusula 14.ª del contrato de fecha 1 de enero de 1993, por aplicación del artículo 3.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (LCA) con arreglo al que «en defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa». Dicha Ley establece en su artículo 28 el carácter imperativo— siempre que concurren los requisitos exigidos— de la indemnización por clientela (STS de 27 de enero de 2003).

Requisitos para que prospere la indemnización por clientela.—Uno de los requisitos para que prospere la indemnización por clientela es que el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; otro requisito es que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario; finalmente, la indemnización debe resultar equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren (art. 28.1 LCA).

Denuncia unilateral del contrato.—La estipulación duodécima del contrato no conculca el artículo 1256 CC «porque la cláusula analizada no deja la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, pues cualquiera de ellos podía tomar la iniciativa a los efectos en ella previstos». (STS de 7 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Philips Ibérica, S. A. E.* y la entidad *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.* suscribieron un contrato de distribución exclusiva. El mencionado contrato se renovaba tácitamente, de acuerdo con lo señalado en su cláusula 12.^a. La entidad *Philips Ibérica, S. A. E.* rescindió unilateralmente y sin justa causa el referido contrato. *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.*, solicitó una indemnización por clientela y que se declarase la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula 14.^a del contrato. También reclamó una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la rescisión unilateral del contrato. El Juzgado de Primera Instancia declaró la procedencia de la indemnización en concepto de clientela. *Philips Ibérica, S. A. E.* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, en el que alegó entre otros infracción del artículo 4.1 CC e infracción del artículo 1281 CC en relación con los artículos 1, 9.2 y 28.1 de la Ley 12/1992 y la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos; e infracción de los artículos 1255 y 6.2 CC en relación con los artículos 28.1 y 3.1 de la Ley 12/1992 y doctrina jurisprudencial que establezca la renunciabilidad de los derechos subjetivos. *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.*, se adhirió al recurso de casación alegando infracción del artículo 1256 CC en relación con la rescisión unilateral. El TS declaró no haber lugar. (E. C. V.)

77. Contrato atípico de agencia. Exclusividad. Resolución unilateral y reclamación por el representante de indemnización por comisiones devengadas y clientelas.—Nos encontramos en primer lugar ante un supuesto de resolución unilateral de un contrato de duración indefinida, en exclusiva, en la forma de una relación contractual atípica de contrato de agencia, atendiendo a su fecha por carecer entonces de regulación legal específica, el que, como dice la S de 26 de marzo de 1992, está dotado de propio contenido sustantivo, al generarse al amparo de la libertad de contratación (arts. 1091 y 1255 CC), en el que predomina la gestión de mediación a cambio de una comisión que suele ser el porcentaje de las ventas.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la resolución practicada, con apoyo en el artículo 279 CCO, lo fue con base en la alegación de que se iba a dejar de fabricar muebles de baño, espejos y complementos, no obstante después de la resolución se continuó con la fabricación o, al menos, con la comercialización aprovechando la red comercial creada por la recurrente.

Estamos ante una resolución que, aunque es procedente en los contratos de duración indefinida (SS de 22 de marzo de 1998, 16 de septiembre de 1988 y 25 de enero de 1996), aquí se presenta no debidamente acomodada a la buena fe que debe regir las relaciones comerciales (arts. 1258 del CC y 57 CCO y SS de 3 de diciembre de 1992, 17 de octubre de 1995 y 10 de diciem-

bre de 1996), pues se basó en una causa inveraz y más bien fue utilizada para desalojar al recurrente del contrato y abusivamente utilizar en provecho propio la red comercial que había creado, circunstancia que ha de tenerse en cuenta respecto a las consecuentes reclamaciones indemnizatorias que se postularon en el pleito, al tratarse de una resolución abusiva, sin otra justificación que el beneficio de la empresa representada al acceder por esta vía al disfrute de la clientela conseguida por el agente. (STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de 13 de julio de 1990, establecido como de duración indefinida, la mercantil *CARMALASA* encargó a la recurrente *Comercial Río, S. A.* la promoción y venta de sus muebles de baño y complementos en exclusiva, tanto en España como en el extranjero, debiendo crear, dirigir y desarrollar la correspondiente red comercial, a cambio de una retribución consistente en una comisión del 13 por 100 del importe neto de las compras. La recurrente, en ejecución del contrato, estableció la red comercial encargada, contratando a dos agentes comerciales.

La referida relación fue resuelta por *CARMALASA* por carta de 14 de noviembre de 1991, remitida por conducto notarial, en la que comunicó a la recurrente que a partir del 30 de noviembre de 1991 iba a dejar de fabricar muebles de baño, espejos y complementos y, de conformidad con el artículo 279 CCO, revocaba la comisión desde la referida fecha. (*O. M. B.*)

78. En el seguro de créditos comerciales, el impago no agrava el riesgo, sino que es el riesgo mismo.—Frente al sistema del deber precontractual de declaración de riesgo previsto en el artículo 10, el artículo 11 al regular el deber del tomador o el asegurado, una vez concluido el contrato, de comunicar al asegurador todas las circunstancias que agraven el riesgo, parece, a primera vista, dejar una cierta discrecionalidad al tomador del seguro y al asegurado para apreciar las circunstancias que si se hubieran conocido por el asegurador, en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Sin embargo, esa aparente discrecionalidad no existe si se efectúa una interpretación adecuada de este artículo, en cuanto que el deber de declaración del agravamiento del riesgo ha de referirse a aquellos aspectos que el propio asegurador, que conoce la técnica de la explotación del seguro, considera relevantes a la hora de valorar el riesgo, por lo que habrán de tenerse en cuenta las circunstancias que alteren o hagan perder su sentido a aquellos hechos a los que se refería el cuestionario elaborado por el asegurador. Porque adviértase que el artículo 11 impone al tomador del seguro y al asegurado el deber de juzgar la conducta que hubiera seguido el asegurador en un momento anterior, que no es otro que el de la conclusión del contrato.

El artículo 11, a la hora de delimitar el deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar la agravación del riesgo, exige además que las circunstancias que agraven el riesgo sean de tal naturaleza que, de haber sido conocidas por el asegurador, lo habrían concluido en condiciones más gravosas. Lo que no nos dice es para quien debían ser más gravosas. Porque si las condiciones hubieran sido más gravosas para el asegurado, está claro que la comunicación del riesgo debe tener un carácter irrelevante. De esto se deduce

que las circunstancias que deben comunicarse al asegurador, delimitadas en la forma que anteriormente se ha dicho, han de ser nuevas respecto al momento de la perfección del contrato y, además, relevantes. Si el hecho no incide en la probabilidad de que se produzca el siniestro o en las consecuencias dañosas que se derivan de éste, no existe deber de comunicación.

Al tener en cuenta lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida acierta al sostener que el impago de los créditos no es una circunstancia que agrava el riesgo, sino que es el riesgo mismo asegurado como lo expone el artículo 21 de la póliza: «la garantía del seguro, referida en todo caso a operaciones en firme realizadas durante la vigencia de la póliza, nace a partir de la fecha de la entrega de la mercancía, instalación o prestación de servicios y alcanza al importe de los conceptos incluidos en la factura inicial y notificados a la compañía». Es decir, las comunicaciones de impago no agravan el riesgo cubierto, sino que constituyen el riesgo mismo. (STS de 22 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hogoobens Aluminium España, S. A.*, contrató con la *Compañía Española de Seguros y Reseguros de Crédito y Caucción, S. A.*, el día 27 de junio de 1992, póliza de seguros de créditos comerciales. El primer impago a la asegurada por parte de la empresa *Sers, S. A.* se produjo el día 5 de junio de 1993 por importe de 18.275.973 pesetas y fue prorrogado por la asegurada hasta el día 5 de agosto de 1993. El aplazamiento y el impago fueron comunicados a la aseguradora el día 10 de septiembre de 1993.

La asegurada ha formulado reclamación de cantidad contra la aseguradora por importe de 38.267.914 pesetas, en virtud de los impagos vencidos a cargo de *Sers, S. A.* y para obtener el reconocimiento de su derecho a recibir, a partir del día 14 de marzo de 1995, la cantidad de 17.662.114 pesetas, más los intereses de dicha suma al tipo del 20 por 100 anual desde la expresada fecha hasta su satisfacción.

En la sentencia dictada en primera instancia se estima en parte la referida demanda, por lo que se condenó a la compañía de seguros al pago de 35.324.229 pesetas, con los intereses desde la interposición de solicitud de diligencias preliminares.

Contra esta sentencia formuló recurso de apelación únicamente la demandada y por la Audiencia Provincial de Barcelona se desestimó íntegramente el recurso. Contra esta última sentencia ha formulado recurso de casación la demandada. (O. M. B.)

79. No puede entenderse riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil el robo expresamente excluido.—El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés del propio asegurado, en cuanto que el contrato tiende a que el asegurador libere al asegurado del pago de esa deuda, que normalmente se extinguirá mediante su pago directo por el asegurador al tercero perjudicado o a sus herederos, pero que el asegurado podrá reclamar del asegurador en el supuesto de que haya debido abonar al tercero perjudicado cierta cantidad. Si el mecanismo de la responsabilidad civil, en general, desea trasladar las consecuencias del daño producido al tercero en su patrimonio al de responsable, el contrato de seguro traslada esas consecuencias del patrimonio del asegurado al asegurador.

El riesgo cubierto por el asegurador es, por tanto, el nacimiento de una deuda de responsabilidad o indemnizatoria. Ahora bien, para delimitar ese riesgo, un dato esencial es conocer el hecho que ha causado los daños y perjuicios ya que de él deriva la obligación de indemnizar. Es decir, en la responsabilidad contractual el hecho del incumplimiento del contrato, y en la extracontractual, el hecho que cause el daño. El artículo 73 LCS se refiere a este aspecto al indicar que el seguro cubre el riesgo del nacimiento de una deuda de indemnización de los daños «causados por un hecho previsto en el contrato».

Un problema de especial relevancia que se plantea con notoria frecuencia es el de conocer si han de considerarse como cláusulas «limitativas» de los derechos del asegurado las cláusulas contractuales que delimitan el riesgo asegurado. Interesa observar el artículo 1 LCS: prevé que la obligación del asegurador existe «dentro de los límites pactados»; idea que repite la Ley en general en los artículos que definen las distintas modalidades del contrato de seguro al repetir la frase que el asegurador se obliga «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato». Parece evidente que la prestación del asegurador (tanto en relación con la garantía del riesgo asegurado como el pago de prestación una vez que se produzca el siniestro) depende precisamente de la delimitación del riesgo, que, a su vez, es base para el cálculo de la contraprestación a cargo del asegurado, es decir, la prima.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión del error en que incurre la sentencia impugnada al vincular el contrato de depósito del actor con el taller de reparaciones con el contrato de seguro de éste con la entidad, hoy recurrente, que califica de cobertura de robo y expoliación. Y es que esta calificación y cobertura no puede admitirse por la necesidad de estar a los términos literales del contrato en cuestión.

En el contrato de responsabilidad civil para talleres de automóviles en las condiciones especiales expresamente aceptadas en virtud de la firma del tomador del seguro se consideran como coberturas adicionales los daños materiales a vehículos confiados. Dentro de estos daños se expresan los riesgos cubiertos (cláusula 1.1) y los riesgos excluidos (cláusula 1.2). En los riesgos excluidos expresamente se mencionan los siguientes «robo, hurto o uso indebido, así como los daños materiales a consecuencia de tales hechos». De ahí que no pueda estimarse la pretensión condenatoria ejercitada en autos contra la compañía de seguros. (STS de 27 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—D. P. A. P. ha ejercitado una acción de reclamación de cantidad para la condena solidaria de *Mapfre Industrial, S. A., Austria Car, S. L., Ital Iberia Compañía Española de Seguros, S. A.*, en virtud de que el demandante depositó el vehículo de su propiedad, al objeto de que le fueran practicadas reparaciones y revisión, en el taller propiedad de la demandada *Austria Car, S. L.*, que tenía concertada póliza de seguros con *Mapfre Industrial, S. A.* vigente hasta el día 16 de abril de 1995; y el día 13 de febrero de 1995 el vehículo fue sustraído del taller por persona desconocida; y en virtud también de que el demandante alegaba vigencia de póliza de seguro por robo con *Ital Iberia Compañía Española de Seguros, S. A.* El importe reclamado era de 15.000.000 de pesetas, más 6.028 pesetas por cada uno de los días en que se vio privado del uso de su vehículo.

En sentencia dictada en primera instancia se estimó parcialmente la demanda con la condena solidaria al pago de 6.600.000

pesetas a favor del actor y a cargo de *Mapfre Industrial, S. A. y Austria Car, S. L.*, con absolución de la tercera demandada. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el demandante y la demandada *Mapfre Industrial, S. A.* y ambos recursos fueron desestimados por la Audiencia Provincial de Sevilla, con confirmación íntegra de la sentencia dictada en primera instancia.

Contra esta última sentencia únicamente ha formulado recurso de casación la demandada *Mapfre Industrial, S. A. (O. M. B.)*.

80. Contrato de seguro. Artículo 100 LSP: concepto de «accidente».—Según dicho precepto se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca su invalidez permanente absoluta dentro de un año a partir de la fecha en que sufrió la lesión.

Estrés laboral: causa externa del artículo 100 LSP.—El TS considera que el estrés laboral al que estaba sometida la demandante fue, junto al padecimiento cardiovascular sufrido por ella, concausa determinante externa del infarto sufrido. (STS de 27 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió un infarto de miocardio acaecido en el puesto de trabajo en fecha de 7 de abril de 1992, que motivó el reconocimiento de la invalidez permanente en grado absoluto. Desde enero de 1992 hasta la fecha del infarto la demandante había asumido la dirección técnica del proyecto para la puesta en marcha de una emisora de televisión local para el Ayuntamiento de Lérida. El TS asume como hecho probado que, aunque el puesto señalado tenía un carácter técnico y no político, se vio sometida a un grado de estrés considerable derivado de las connotaciones políticas del nuevo proyecto asumido y la trascendencia que su trabajo podía tener en la ciudad de Lérida. Se trataba, además, de un estrés superior al que había soportado hasta ese momento en otros trabajos anteriores, que tenían menos repercusión social e inferiores responsabilidades.

La actora ejercita una acción de reclamación de cantidad al amparo de una póliza de seguro de vida con garantía complementaria de fallecimiento o invalidez absoluta por accidente.

La aseguradora no rechaza la indemnización, sino el *quantum* de ésta por entender que el infarto se debió al padecimiento cardiovascular sufrido por la demandante con anterioridad y que excluye el abono de la garantía por accidente.

En primera instancia se estima en parte la demanda. En apelación sólo se concede la suma por el capital asegurado y no la relativa a la garantía complementaria. La demandante recurre en casación. (B. F. G.)

81. Titularidad plural de cuentas, negocios y otros negocios bancarios.—Expresan una disponibilidad de fondos a favor de los titulares bien en forma individual o conjunta, pero no representa por sí la existencia de condominio de los saldos. La propiedad viene determinada por las relaciones internas entre los titulares y, en concreto, por la procedencia de los fondos o numerario con que se han nutrido dichas cuentas. Por ello, la apertura en

forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes iguales a los figurantes titulares. Ello autoriza a decretar la exclusión y ajenidad de quien sólo figura como cotitular y no demostró ostentar la propiedad del dinero depositado.

Contrato de seguro de vida. Derecho de los beneficiarios.—El artículo 88 de la Ley 50/1980, de 5 de octubre, preserva los derechos de los beneficiarios al establecer de forma imperativa que la prestación del asegurador deberá ser entregada al designado como beneficiario. Este dispone a su favor de un derecho propio y autónomo frente al asegurador. Su crédito es prevalente y excluyente respecto de los herederos legítimos del tomador, quienes sólo disponen del derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El causante, fallecido sin descendencia, había otorgado testamento en el que instituye heredera universal a su esposa en concepto de fiduciaria de residuo. Como heredero fideicomisario de residuo instituye a su sobrino a quien, por tanto, pasaría el caudal hereditario del que no hubiera dispuesto la heredera única conforme a las disposiciones testamentarias; conforme a lo dispuesto por éstas, podía enajenar y transmitir por actos *inter vivos* o *mortis causa* a título oneroso todos o parte de los bienes de la herencia.

La heredera, beneficiaria además de un seguro de vida concertado por su esposo, lleva a cabo una serie de operaciones bancarias que consistieron en abrir cuentas conjuntas con su hermana que se nutrieron con el caudal procedente de la herencia del esposo.

Fallecida la heredera única sin descendientes, se declara heredera a su hermana contra la que interpone demanda el ya citado heredero fideicomisario, reclamando el reintegro de las cantidades de las que dispuso a título gratuito la heredera fiduciaria y tituladas bancariamente a nombre de las dos hermanas.

La Audiencia estima la demanda integrando también en la herencia las cantidades correspondientes al seguro de vida del que era beneficiaria la esposa del causante. (B. F. G.)

82. Letras en blanco. Validez.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 1 de mayo de 1952, 18 de abril de 1981 y 30 de noviembre de 1983), la firma de los aceptantes es la que determina la validez de las letras en blanco.

Letras en blanco. Fuerza obligatoria.—Declara el TS que la letra en blanco suscrita por un aceptante goza de plena fuerza obligacional para éste, pues, de acuerdo con el artículo 33 LCC, con la aceptación asume dicho aceptante el compromiso de pagar la letra a su vencimiento (SSTS de 24 de octubre de 2000 y 14 de octubre de 2002). El acepto representa el reconocimiento de la deuda abstracta reflejada en el documento, que se presume, *iuris tantum*, existente y lícita.

Letras de cambio. Relación subyacente.—La Ley cambiaria y del cheque responde a la tendencia de abstracción del título en sentido formal. Por ello, no exige que deba aparecer en el documento cambiario la relación subyacente que, en su caso, exista. Con independencia de tal relación, el acepto

de la letra hace que se incorpore el aceptante al título cambiario. (STS de 26 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. V. G. y don J. V. V. suscriben y aceptan dieciséis letras en blanco a favor de la mercantil *Dava, S. A.*, con fechas de vencimiento situadas entre el 30 de agosto de 1986 y el 30 de octubre de 1987; letras que cumplen los requisitos mínimos necesarios al tiempo de su emisión. El segundo de los aceptantes desaparece y las letras no se pagan a su vencimiento. Ante el impago, *Dava, S. A.* protesta oportunamente las letras y ejercita posteriormente juicio declarativo de menor cuantía contra ambos aceptantes, en reclamación del importe de las letras.

Habiendo sido estimada la demanda en primera instancia, interpone don M. V. G. recurso de apelación, que es desestimado. Recurre entonces en casación, alegando el incumplimiento de los artículos 1089 y 1254 CC, puesto que sostiene que la firma de las letras fue debida a una relación de confianza entre *Dava, S. A.* y don J. V. V., para que este último las incorporase al tráfico, y que en ningún momento medió contrato entre la entidad mercantil y él mismo. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

83. Naturaleza jurídica del aval cambiario.—La obligación del avalista cambiario es accesoria respecto de la principal derivada de la letra de cambio. Ello implica, que si la cambial es nula por vicio de forma (art. 1 con relación al 2 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque), el aval carecerá de eficacia, esto es, no podrá exigirse al avalista responsabilidad cambiaria (SSTS de 11 de julio de 1983 y 28 de julio de 1994).

La fianza civil o mercantil no debe confundirse con el aval cambiario.—No cabe extender el aval cambiario a una fianza derivada de una obligación extracambiaria, toda vez que la prohibición de presumir la existencia de una fianza, derivada del artículo 1827 CC, lo impide (SSTS de 16 de diciembre de 1986 y 17 de septiembre de 1987). (STS de 28 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Exterior de España* había descontado una cambial, que fue librada en su momento por *Ingeniería de Panificación, S. L.*, y en la que constaba, como librado-aceptante *Peñasco Almeida e Hijos, S. A. L.* y como avalista *la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*. La letra resultó impagada, por lo que tras el protesto de la misma, el *Banco Exterior de España* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, contra las mercantiles apuntadas y la Caja de Ahorros. Las pretensiones de la actora fueron acogidas, desestimándose además el recurso de apelación formulado contra la resolución dictada en primera instancia. El TS, empero, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (J. D. S. C.)

84. Validez formal de cheque emitido al portador por sucursal bancaria.—El artículo 106.6 LCC sólo exige para su validez formal la firma del que expide el cheque, en este caso el *Banco U. S. A.*, a través del director de la

sucursal de M. con poderes otorgados al efecto, conteniendo todos y cada uno de los requisitos determinados en el repetido precepto, si bien la firma del interventor resultó ser falsa, apareciendo el cheque como internamente irregular, aunque legal frente al exterior.

Responsabilidad del banco por puesta en circulación de cheque supuestamente sustraído o falsificado por director de sucursal.—La responsabilidad impuesta por el artículo 1903 CC al empresario no es subsidiaria sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes determinados por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (por todas, STS de 8 de mayo de 1999); posición jurisprudencial de aplicación al supuesto del debate, toda vez que constituye un hecho probado que el banco conocía, al menos desde el 5 de noviembre de 1987, que en la sucursal número 1 de M. y, concretamente, por su director, se cometían irregularidades, y, sin embargo, no adoptó las previsiones correspondientes para evitar las disfunciones detectadas en dicha oficina (suspensión provisional de este empleado u otras de índole preventiva), hasta la exacta comprobación del completo alcance de las anomalías, lo que ha propiciado que el acto antijurídico y lesivo, consistente en la emisión el 2 de enero de 1988 del cheque cuestionado, se haya realizado en la esfera de responsabilidad del banco, quien ha conculcado el deber de cuidado en el control de la actividad desarrollada por su dependiente, pues únicamente denunció a la policía la sustracción del cheque el 1 de julio de 1988, varios después de ponerse a cobro el cheque.

Confesión bajo juramento indecisorio de la parte actora.—Al absolver posiciones la actora, de nacionalidad extranjera y que es legítima tenedora del cheque al portador, no sólo aceptó no haber mantenido relación alguna con el banco en fechas anteriores a poner al cobro el cheque falsificado, sino que también reconoció expresamente que dicha entidad no le adeuda cantidad alguna; pero para valorar esta prueba hay que distinguir, cuando las respuestas sean contrarias a quien confiesa, según que la confesión sea la única prueba existente sobre el hecho enjuiciado, en cuyo caso *hace prueba contra su autor* según el artículo 1232, o si sobre los mismos hechos hay otras pruebas con resultados diferentes, supuesto en que cabe valorar libremente la confesión con los otros medios de prueba; en el segundo caso, la doctrina jurisprudencial sienta que la confesión no es la *regina probatium*, pues carece de rango superior a los otros medios de prueba y ya no tiene carácter privilegiado, como ocurre en el presente supuesto en el que el Juez ha tenido presentes, además del cheque original, diversos informes elaborados por la entidad bancaria y testimonios parciales de diligencias previas instruidas judicialmente.

Prueba pericial no practicada por falta de colaboración del Banco. En la tramitación del pleito el banco recurrente no ha llevado a los autos ningún documento con la firma y rúbrica del director de la sucursal, sino únicamente fotocopias de escritos, y tampoco se pudo practicar la prueba pericial caligráfica durante el recurso de apelación por carecerse de un documento con firma original y no fotocopia con sello original del banco, no pudiendo el perito emitir finalmente su informe. (STS de 24 de marzo de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

85. Artículo 135 LSA. Acción individual de responsabilidad de los administradores sociales. Definición.—Se trata de una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a accionistas, socios y terceros para recomponer su patrimonio particular afectado directamente por actos de administración.

Artículo 135 LSA. Acción individual de responsabilidad de los administradores sociales. Presupuestos.—Se exige la prueba de la acción u omisión de los administradores, del daño y de la relación de causalidad. Los actos y omisiones constitutivos de esta acción son los mismos que para la acción social de responsabilidad, esto es, los contrarios a la ley y los estatutos o realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo. El daño se concreta en una disminución patrimonial que impida a la sociedad hacer frente a sus deudas, o ponga en peligro la satisfacción del crédito del socio, accionista o tercero acreedor, o dañe un derecho, si se trata de un tercero no acreedor. La relación de causalidad es una relación directa entre la acción u omisión del administrador y el daño al socio o al acreedor. Además de todo lo anterior, para la prosperabilidad de esta acción se exige la concurrencia de culpa, para los actos contrarios a la ley o los estatutos, o negligencia. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los administradores de la sociedad demandada, con el exiguo patrimonio social obligan a la compañía por una cantidad muy superior en un muy breve período de tiempo. A ello se añade que no presentan las cuentas anuales de la entidad en el Registro Mercantil respecto a las correspondientes al año en el que se produce toda la actuación en el tráfico mercantil que origina el juicio.

La actora interpone demanda contra la sociedad y los administradores de la misma, ejerciendo contra estos últimos la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 135 LSA.

En primera instancia se condena a la compañía y se absuelve a los administradores. En apelación se revoca la sentencia de instancia condenando solidariamente a la sociedad y a sus administradores. Estos recurren en casación. (B. F. G.)

86. Artículo 133 LSA. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades. Identificación en la demanda.—La sola mención del apartado segundo del citado precepto es insuficiente para ello, pues debe concretarse, por lo menos, si se trata de la acción social o la individual, reguladas respectivamente en los artículos 134 y 135 LSA y sometidas a un régimen diferente.

Artículo 133 LSA. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades. Presupuestos.—Se exige la prueba del daño directo a la sociedad, los accionistas o los acreedores, de la falta de diligencia del administrador demandado, así como de la relación de causalidad entre ésta y aquél. La transmisión de activos de una sociedad anónima a otra acogándose a un plan de Gobierno de la Comunidad Autónoma no revela por sí misma un acto negligente o ilegal del administrador ni un daño a la sociedad o a los accionistas.

Incongruencia.—Se aprecia por no tener en cuenta el Tribunal de apelación la demanda acumulada en el inicial proceso. (STS de 4 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La adecuada comprensión de los hechos origen del presente recurso exige distinguir entre las vicisitudes procesales y el supuesto de hecho que da lugar al litigio.

En cuanto a las primeras, el recurso de casación planteado tiene su origen en la acumulación de dos demandas. La primera de ellas se dirige contra tres compañías mercantiles y una persona física relacionada con ellas: los actores reclaman los honorarios correspondientes a servicios profesionales. La segunda de las demandas, acumulada a la anterior, se entabla únicamente contra la persona física mencionada, por el mismo importe pero a título de responsabilidad de este demandado como administrador de una de las sociedades mercantiles demandadas en el primer proceso. El pronunciamiento del primer proceso condena solidariamente a las tres sociedades demandadas al pago de determinadas cantidades, del mismo modo que declara a la persona física responsable subsidiaria por su condición de administrador. Las sociedades y la persona física condenados en el primer proceso recurren en apelación. Sólo es estimado el recurso interpuesto por la persona física, dando lugar a su absolución por considerar que el Juzgado de Primera Instancia había incurrido en incongruencia al condenar a dicho demandado. A este propósito, el Tribunal de apelación no tiene en cuenta la segunda de las demandas, acumulada a la primera, en la que se solicitaba la condena de dicha persona física. El TS entra por ello en el fondo del asunto desestimando la demanda acumulada no tenida en cuenta por el Tribunal de apelación.

En cuanto a los hechos origen del litigio, la sentencia nos proporciona los siguientes datos: los actores eran acreedores de una de las sociedades demandadas, que había adquirido en 1990 los activos de la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, también demandada. En 1993, el Consejo de Administración de esta última sociedad transmite todos sus activos a la primera sociedad ya citada acogándose a un Plan de Gobierno de la Comunidad Autónoma. El demandado, administrador de una de las sociedades, no había presentado los libros contables de las sociedades ni había querido hipotecar inmuebles en perjuicio de la sociedad. Este último hecho, no alegado por los actores en la demanda, sino en el escrito de resumen de pruebas o conclusiones, es el determinante de la condena del administrador demandado en primera instancia. Los actores basaban su demanda en la imputación al administrador del «cierre de hecho» de la citada sociedad cooperativa producido, según los demandantes, como consecuencia de la transmisión de activos de dicha cooperativa a otra de las sociedades demandadas en el primer proceso. El TS pone de manifiesto que los honorarios profesionales reclamados por los actores en la primera demanda a una de las sociedades demandadas se deben, precisamente, por el asesoramiento en la transmisión de dichos activos. (B. F. G.)

87. Quiebra. Resolución judicial que afirma la ausencia de dolo de la entidad acreedora en su demanda concursal. Cosa juzgada.—La parte recurrente atribuye a la sentencia fundamentar la desestimación de la demanda acogiéndose a la tesis de un determinado sector doctrinal, que entiende que para la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados con la declaración de la quiebra a un comerciante repuesto, exige como condición necesaria que en la sentencia del incidente de oposición a la quiebra se haga declaración por el tribunal, sobre que la misma fue instada, o mantenida, por el acreedor con dolo, falsedad o injusticia manifiesta, posición ésta, sobre como es natural no toma partido la sentencia recurrida, aunque la entiende apoyada por sentencias de esta Sala que la parte recurrente las califica de obsoletas por su antigüedad, pero lo que se afirma es que la hoy recurrente, cuando fue opositora al auto de declaración de la quiebra necesaria, solicitó al mismo tiempo que se declarase que la quiebra había sido solicitada, y después mantenida por la ahora recurrida, con dolo, falsedad o injusticia manifiesta y que, a tenor de esta petición, las dos sentencias de instancia entraron a conocer de esos extremos, con el resultado que se ha puesto de manifiesto en el primero de los fundamentos de derecho de la presente resolución; a saber, de no apreciar la existencia de esas circunstancias, por lo que sobre este punto existía una resolución judicial por lo que no cabe entrar a conocer en un procedimiento posterior de la misma materia, y ello, aunque en el fallo, por un simple error material se hiciera reserva de las acciones para reclamar las indemnizaciones procedentes de una declaración de quiebra instada, o mantenida con un dolo, falsedad o injusticia notoria, que previamente en su fundamento se había declarado que no existía, declaración ésta que se hizo en un procedimiento anterior, con independencia de que se entienda o no, que es en ese procedimiento donde únicamente ha de procederse a llevar a efecto tal declaración. Por lo que concluyeron que no procedía entablar el juicio para exigir esa indemnización cuando previamente y por el propio órgano judicial se había pronunciado que no concurrían los supuestos básicos para ser exigida; a saber, el de dolo, falsedad o injusticia notoria. (STS de 13 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En un anterior proceso civil, *Algeme Bank Nederland* interpuso demanda en la cual solicitaba la declaración de quiebra de *Nonay Gil Hermanos, S. L.* En un primer momento, el Juzgado declaró la quiebra de la sociedad. No obstante, en el incidente de oposición a la misma, ésta se revocó por circunstancias que no constan. La sentencia de instancia que resolvía el escrito de oposición a la quiebra afirmaba la ausencia de dolo o malicia de la entidad acreedora que había promovido el proceso concursal, pero en la parte dispositiva de la resolución contemplaba la posibilidad de que el quebrado repuesto ejerciera la acción de daños y perjuicios prevista en el artículo 1332 LEC (1881). La sentencia se confirmó por parte de la Audiencia Territorial. Con posterioridad, la sociedad *Nonay Gil Hermanos, S. L.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid al considerar que *Algeme Bank Nederland* sostuvo la quiebra frente a la oposición del quebrado de forma dolosa y, en consecuencia, solicitaba la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 885 CCO. El Juzgado desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad *Nonay Gil Hermanos, S. L.*, la Audiencia de Madrid confirma la sentencia del Juzgado. La Audiencia considera que la

sentencia de instancia del anterior proceso civil ya afirmaba la ausencia de dolo de la entidad acreedora. En este sentido, considera como un simple error el hecho de que la sentencia dejara a salvo la posibilidad de una reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 1332 LEC (1881). El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

DERECHO PROCESAL

88. Depósito judicial.—La cuestión fundamental planteada radica en el hecho de que no es aplicable al caso enjuiciado la jurisprudencia del TS alusiva al embargo preventivo o a la naturaleza del contrato bancario de cuenta corriente o de depósito no individualizado de dinero. Esto es así porque lo realmente acordado por los órganos judiciales del orden penal fue más allá del embargo preventivo de una o varias cuentas. De hecho, decretaron la intervención judicial de ciertas cuentas corrientes en la entidad demandada, así como de dos libretas y un depósito a la vista. Por tal motivo, es clara la naturaleza de depósito judicial o secuestro de esta operación, de forma que el depositante pasa a ser el propio órgano judicial que lo acuerda en cuanto que sin su permiso expreso no puede el depositario servirse de la cosa depositada (SSTS de 1 de febrero de 1962 y de 27 de noviembre de 1998).

En definitiva, tanto lo acordado por los órganos judiciales del orden penal como el mandato dirigido a la entidad demandada son suficientemente reveladores de que ésta no podía cumplir la instrucción de la recurrente de ingresar el importe de los pagarés en la cuenta prefijada, siquiera sea por la razón de que ya no subsistían sus facultades como depositante en orden al dinero o producto líquido de los pagarés. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación presentado dimanaba de un juicio de menor cuantía promovido por una sociedad anónima en liquidación contra una caja de ahorros en la que aquella tenía varias cuentas antes de incoarse un proceso penal en el que se adoptaron medidas cautelares contra la misma como responsable civil subsidiaria. Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona, en sentencia de 13 de marzo de 1996. Apelada tal decisión ante la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, este Tribunal dictó sentencia en fecha 23 de abril de 1997, desestimando el recurso. Finalmente, se presenta recurso de casación al amparo del artículo 1692 LEC y, más en concreto, bajo su ordinal 3.º, por infracción de los artículos 349, 359 y 372.2 y 3 LEC; y bajo su ordinal 4.º por infracción de la jurisprudencia sobre el embargo, de los artículos 1101, 1106, 1108, 1109 y 1767 CC, así como de la jurisprudencia sobre el contrato bancario de cuenta corriente o depósito no individualizado de dinero. (J. L. B.)