

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Silvia ALGABA ROS; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Margarita CASTILLA BAREA; Rocío DIÉGUEZ OLIVA; Luis FAJARDO LÓPEZ; Antonio GÁLVEZ CRIADO; Gabriel GARCÍA CANTERO; Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA; Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Javier LARENA BELDARRÁIN; Eva MARTÍN ORIVE; M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA; Óscar MONJE BALMASEDA; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, y Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Irretroactividad de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.—Esta Ley, al carecer de disposiciones de derecho transitorio, es irretroactiva por imperativo del artículo 2.3 CC. Este principio de irretroactividad es acogido por la doctrina jurisprudencias que se contiene entre otras en las SSTs de 28 de mayo de 1990 y de 20 de abril de 1991. No impide la apreciación de irretroactividad alegar que las consecuencias del acto enjuiciado «se siguieran produciendo en el tiempo hasta el año 1987, pues ello ocurre siempre que las consecuencias de un acto humano no son restituidas por un acto posterior (STC 35/1987, de 18 de marzo) y equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad de demandar, lo que va contra la Ley 1/1982, que emplea el rígido instituto de la caducidad y no de la prescripción para regular el plazo de ejercicio de las acciones por infracción del honor, imagen e intimidad (art. 9.5)».

«La protección del honor no exige dar a la Ley 1/1982 ningún efecto retroactivo. Con mucha anterioridad a la Constitución la jurisprudencia de esta Sala, mantuvo la doctrina constante y reiterada de que el agraviado podía en vía civil obtener la reparación de los daños morales y materiales a través de la vía del artículo 1902.»

Apreciación de la irretroactividad por el órgano jurisdiccional.—«El principio de irretroactividad de las leyes ha de ser observado escrupulosamente por el órgano judicial cuando aquéllas no contengan explícitamente o implícitamente mandato de retroactividad, pues guarda una directa y estrecha relación

con el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), que forma parte del contenido de orden público.»

Principio general de efectividad de los actos administrativos.—No «existe intromisión ilegítima en el ámbito del honor del actor por el hecho de que los demandados ejecutasen la decisión sancionadora conociendo o debiendo conocer por razón de sus cargos, la ilegalidad de que adolecía el expediente sancionador, y a pesar de no ser firmes las sanciones porque habían sido recurridas. Se olvida el principio general de efectividad de los actos administrativos por la presunción de su legalidad, que debe ser acatado por todos, especialmente por los órganos federativos» y sus representantes. (STS de 28 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—En 1979 aparecieron dos notas en los Diarios D. y H. en las que se transcribía y se noticiaba respectivamente una sanción impuesta al actor por la Federación Española de Karate. Con posterioridad, en 1987 se anuló dicha sanción por motivos procedimentales. Es por ello que el actor instó una demanda judicial sobre protección de los derechos fundamentales de la persona contra la Federación Territorial Vizcaína de Karate, don J. M. B., don M. G. B. y don J. M. C. solicitando que abonasen solidariamente la cantidad de 10.000.000 de pesetas y que publicasen una nota en los Diarios implicados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Interpuestos recursos de casación, el TS los estimó.

NOTA.—En materia de retroactividad, la presente S, aunque no lo mencione expresamente, acoge la existencia en nuestro Derecho de «un principio general de presunción de no retroactividad» (Díez-Picazo, en *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 209). En efecto, dado que en la Ley 1/1982, de 5 de mayo no existe ninguna disposición concreta que regule la retroactividad o no de la citada Ley, será preciso acudir por vía interpretativa a otros criterios que nos ayuden a determinar la existencia o no de una retroactividad implícita. En este sentido, cita la S los preceptos que acogen el instituto de la caducidad para determinar el plazo para el ejercicio de las acciones por infracción al honor, imagen e intimidad y la doctrina jurisprudencial que permitía, con anterioridad a la CE, al agraviado en su honor, la defensa de sus derechos vía artículo 1902 CC.

Resulta significativa la consideración que realiza la S comentada en su FD primero, en el sentido de que «el actor no tuvo necesidad de la promulgación de la Ley 1/1982 para accionar por la publicación de las notas a las que inicialmente se ha hecho referencia, y en la fecha de su demanda ya tenía prescrita la acción —del art. 1902 CC—, pues es opinión generalizada el hecho de que la prescripción sólo puede ser alegada por la parte a quien interese y no es susceptible de ser apreciada de oficio. (S. A. R.)

2. La mera parquedad en los argumentos jurídicos que justifican un fallo judicial no constituye falta de motivación de la decisión.—Es de tener en cuenta la amplia doctrina interpretativa de esta Sala, cuando aclara que la parquedad en el razonamiento no supone falta de motivación, siempre que de la

Sentencia impugnada se desprendan los fundamentos jurídicos que amparan la decisión final; sin que ello quiera decir que sea necesario combatir uno a uno los argumentos alegados, que pueden en ocasiones ser desechados globalmente, a virtud de otras argumentaciones (SS de 10 de abril de 1984; 6 de octubre de 1988; 12 de noviembre de 1990, etc.).

La existencia y régimen de los derechos se somete a la legislación bajo la que nacen, pero su ejercicio, duración y procedimiento para ejercitarlos se adecuaran al Derecho adjetivo imperante en el momento de hacerlos valer. **Interpretación doctrinal de la disposición transitoria cuarta CC.**—Se parte pues de la distinción entre el derecho en sí, y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero, en su existencia y términos, con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se atemperará al momento en que haya de tener lugar, y al derecho adjetivo que entonces rija; se trata de una mutabilidad del ejercicio de los derechos, frente a la invariabilidad del derecho subjetivo, y puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. Literalmente, la interpretación que procede hacer de la norma que analizamos, debe referirse al «ejercicio», a la «duración», y al «procedimiento» para hacer valer los derechos y las acciones, interesando en el caso de autos sólo la «duración» de los mismos en cuanto a su ejercicio. Esta duración está directamente relacionada con la prescripción extintiva y con la caducidad, encarnando estas dos instituciones la afección del derecho o la acción al tiempo; siendo coherente que el paso del tiempo en el ámbito de la creación del derecho objetivo, mediante el cambio legislativo, afecte también al régimen de la prescripción y de la caducidad de un derecho o acción, aunque hayan nacido con anterioridad.

Interpretación auténtica de la disposición transitoria cuarta CC.—En la exposición de motivos de la segunda redacción CC, publicada mediante Real Orden de 29 de julio de 1889, se aclara precisamente la excepción contenida en la disposición transitoria cuarta, diciendo: «si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración, y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de aplicarle los preceptos del Código», añadiendo a continuación, con intención explicativa: «todas estas disposiciones tienen un carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efectos retroactivos». Éste es el verdadero y auténtico sentido interpretativo del contenido de la norma. (STS de 8 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Uno de los tres socios de una sociedad anónima pretende la impugnación y suspensión cautelar de una serie de acuerdos sociales por inasistencia del mismo a las juntas en que se adoptaron. El actor, cuya demanda y posterior recurso de apelación fueron desestimados, pretende enervar la apreciación de caducidad de la acción que ejercita solicitando la aplicación de la LSA de 1951, bajo la que se constituyó la sociedad, que no somete a plazo de caducidad la acción en cuestión. Las sentencias de instancia sometían la cuestión a la LSA de 1989. (M. C. B.)

3. Interrupción de la prescripción.—La cuestión planteada es la de la elección entre la prevalencia del artículo 944 CCO —que no contempla específicamente la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción—

sobre el artículo 1973 CC, o, por el contrario, la prevalencia de este último precepto, cuya fuerza expansiva e integradora haría posible que se estimara eficaz, en el ámbito mercantil, la expresada forma interruptiva de la prescripción. Sin embargo, la solución favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materias civil y mercantil puede apoyarse en las siguientes razones: 1.^a La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el CC como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* de las acciones, frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. 2.^a Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación CC, respecto CCO, abona la solución de integración que se propone, al considerar incorporado tal medio incorporativo de la prescripción al artículo 944 CCO. 3.^a El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida *especialidad* frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57, y del principio de favor al deudor en cuanto a las dudas que se originase, señala el artículo 59, todos CCO. 4.^a Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución. 5.^a La pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89) aclara que serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 CC, lo que supone una decidida apuesta a favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación de esta solución a todo el ámbito mercantil resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción.

Interpretación restrictiva de la prescripción.—Reiterada y constante doctrina jurisprudencial señala que la prescripción, en cuanto limitación al ejercicio tardío de los derechos y ser una institución que no se halla fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento puramente restrictivo y ello aun en materia mercantil. (STS de 5 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—R. I., S. A., interpuso demanda contra CAHORSA ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada, sobre reclamación de cantidad, alegando la parte demandada la excepción de prescripción de la deuda reclamada. Estimada parcialmente la demanda e interpuesto recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, fue estimada y revocada la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto. (A. J. C.)

4. Doctrina del «levantamiento del velo».—La Sala recoge la doctrina del «levantamiento del velo» que reiteradamente viene manteniendo (SS de 8 de

enero de 1980 y 28 de mayo de 1984, 18 de septiembre de 1987, 4 de marzo y 13 de mayo de 1988, 2 de marzo de 1989 y 3 de junio de 1993), señalando que «la más autorizada doctrina entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de “los derechos de los demás” o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” del derecho».

Esta doctrina se considera aplicable al supuesto analizado teniendo en cuenta que en la sentencia impugnada se declara que, aun siendo tres los miembros de la S. A. indicada, «sin embargo es fácil presumir que el verdadero y único “dueño” de la misma es el aquí demandado don Florentino», presunción que no aparece a juicio del TS, adecuadamente combatida. (STS de 20 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. R. formuló demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, contra don F. L. V., por los daños experimentados por el taller de su propiedad, como consecuencia de la explotación de una mina con el empleo de explosivos, en una capa que discurre debajo del referido taller, cifrando la cuantía de la *litis* en 10.941.000 pesetas. A los efectos del presente recurso, hay que tener en cuenta, por otro lado, los siguientes datos fácticos: el recurrente y en su día demandado don F. L. V., es titular de las concesiones mineras que integran la «Mina Carmen», pero no su explotador, pues arrendó las minas a la entidad Carmen, S. A. (fundamento 2.º de la sentencia de instancia), la cual fue constituida inicialmente como una sociedad de responsabilidad limitada y en la que al constituirse los dos únicos socios fueron el hoy recurrente, don F. L. V., con un 98 por 100 de sus participaciones, y don A. M. A., con el 2 por 100 restante, vendiendo éste esas dos participaciones a la esposa de don F. L. V., doña M.ª C. F., procediendo por su parte don F. L. V. a ceder «onerosamente» a don F. F. M. dos de sus 98 participaciones sociales, quedando por tanto don F. L. V. con 96, su citada esposa con dos y el referido don F. F. M. con otras dos, transformándose dicha S. R. L. en S. A., por escritura pública de 5 de febrero de 1986, en la que se asignaron al primero 96 acciones, a la segunda dos y al tercero otras dos denominándose desde entonces dicha entidad «Mina Carmen, S. A.» (fundamento 1.º de la sentencia impugnada).

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado. Apelada la sentencia por el actor, el Tribunal de apelación, desestimando la existencia de dicha excepción, acoge en parte la demanda y condena al demandado a abonar al actor en concepto de indemnización la suma de 2.700.000 pesetas. Esta sentencia es recurrida en casación por don F. L. V. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Colisión honor-información.—En primer lugar, el Tribunal considera en los fundamentos de derecho de su resolución, que tras la reforma producida por la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, deben entenderse basados los motivos del recurso de casación alegado, en el ordinal 4.º del artículo 1692 LEC y no en el 5.º, que ya no existe en la nueva redacción del citado artículo.

Si bien la doctrina del Tribunal tiene establecido que, ante supuestas ofensas al honor inferidas por medio de publicaciones escritas, no es permisible sacar expresiones de su contexto que, aisladamente consideradas, pudieran tener un significado distinto al que les corresponde dentro de la totalidad de lo publicado, dicha doctrina no es aplicable a este supuesto, ya que la sentencia recurrida ha analizado, a juicio del Tribunal, de un modo detallado y minucioso, los reportajes periodísticos enjuiciados, alcanzando la conclusión, compartida por el Supremo, de que los mismos no se limitan a narrar hechos de veracidad comprobada, sino a formular juicios de valor que presentan ante la opinión pública a la persona objeto de dichas informaciones como autor verdadero de una serie de supuestas violaciones, que estaban siendo objeto de investigación policial y judicial.

Igualmente, establece el Tribunal que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, impide fijar apriorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro, lo cual habrá de verificarse en cada caso concreto enjuiciado. Además (STS de 21 de enero de 1988), la libertad de información no tiene carácter absoluto sobre el derecho al honor y debe enjuiciarse, en opinión del TC, sobre la base de distinguir radicalmente entre información de hechos y valoración de conductas personales, y, sobre tal fundamento, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública, en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio (STC de 27 de octubre de 1987).

Finalmente, considera el TS que la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos, porque el derecho que tiene cada uno a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular. Merece también protección la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o no (STS de 20 de febrero de 1989). (STS de 26 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, se siguieron los autos de juicio sobre protección al honor, intimidad y a la propia imagen del demandante, solicitándose la condena de los demandados, por las publicaciones realizadas, al pago de daños y perjuicios, incluidos los morales, y advirtiéndoles de abstenerse en el futuro de conductas análogas, así como ordenando la difusión de la sentencia condenatoria en el mismo medio en que se publicó el artículo que inicialmente violaba los derechos citados del demandante. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 1989, absolviendo a los demandados. Apelada la misma, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 24 de enero de 1992, estimando en parte el recurso interpuesto y declarando

expresamente la intromisión ilegítima de los demandados en el derecho al honor y a la propia intimidad del recurrente, condenando a aquéllos solidariamente al pago de la correspondiente indemnización.

Presentado recurso de casación ante el TS por parte de los condenados en apelación, amparándose a través de diversos motivos en el número 5 del artículo 1692 LEC, resulta finalmente desestimado. (*J. L. B.*)

6. Honor, intimidad personal y familiar.—En los dos motivos integradores del recurso, ambos con apoyatura procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 LEC, se denuncia una infracción tanto de las normas del ordenamiento jurídico, como de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate. A decir verdad, ambos motivos deben examinarse conjuntamente, ya que el objeto impugnatorio de ambos es único y el mismo, consistente en insistir el recurrente en que integra una intromisión ilegítima en su derecho al honor, a su intimidad personal y familiar y a su propia imagen, la actuación previa del demandado.

En relación a los hechos concretos del caso, el Tribunal alude al artículo 120.3 de la Constitución, en virtud del cual las sentencias «se pronunciarán en audiencia pública», lo que comporta, obviamente, la publicación de las mismas, que necesariamente ha de hacer el órgano jurisdiccional que las pronuncie (arts. 186 LOPJ, 364 y 365 LEC y 147.5 LECrim), y el conocimiento público y general de lo resuelto en ellas. Como consecuencia de ello, es innegable el derecho del perjudicado por un delito o falta (como en este caso), de poder dar a conocer a quien tenga por conveniente lo resuelto en la correspondiente sentencia, una vez que haya sido publicada por el Juez o Tribunal que la dictó, sin que este hecho suponga, por sí solo, violación alguna del derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de la persona condenada por la referida sentencia. (STS de 28 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena se formuló demanda de juicio de incidentes sobre derecho al honor, solicitando la declaración de intromisión o violación del derecho fundamental del demandante, por intromisión ilegítima del demandado en el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de aquél, solicitándose la indemnización correspondiente por los daños morales ocasionados, así como excusas públicas.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda el 11 de mayo de 1991. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Murcia, ésta procedió, en fecha 6 de marzo de 1992, a dictar sentencia revocando la resolución de Primera Instancia y desestimando las pretensiones inicialmente formuladas. Finalmente, se presenta recurso de casación ante el TS, con apoyo en un doble motivo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, al amparo del artículo 1692.5.º LEC. Este recurso es igualmente desestimado. (*J. L. B.*)

7. Derecho al honor. La de protección del derecho al honor es una acción personal, que no sirve para tutelar el honor de las personas jurídicas, ni para defender la fama profesional, sino únicamente la personal.—El corsé del motivo especialmente remite a la Sala a dirimir si, en efecto, ese posible derecho al honor es predicable, en el caso de autos, por estar afectada o referida la noticia periodística a un establecimiento y no a la persona del actor, por lo que,

en consecuencia, la Sala debe, siguiendo esa línea delimitadora del motivo, ratificar el desarrollo doctrinal del mismo, en la idea de que los hechos de autos no afectan a la propia vida privada o intimista del actor, persona física que incluso no aparece mencionada en citado reportaje; y es bien elocuente, al punto que no sólo en el artículo 7.7.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, precepto en el que se basa la Sala *a quo*, se mencione en exclusiva a la «persona», sino que en todos sus anteriores apartados, 1 a 6, siempre el destinatario de la intromisión condenable es *nominatim* la persona o personas, lo que confirma que, sin perjuicio de amparar en los casos que proceda también a la persona jurídica —por todas, la reciente STC de 26 de noviembre de 1995—, nunca ello puede atraer la tutela específica de esta Ley sobre un establecimiento, o más bien rólulo mercantil; en todo caso, la entidad afectada sería el establecimiento mercantil, el cual, tal vez podría defenderse de esa eventual conducta vulneradora de los derechos que le pudieran corresponder, a través o al socaire de la erosión producida en su prestigio profesional o enseña comercial; mas —se repite—, al no haber estado implicada en los hechos la persona *nominatim* del actor no es posible entender que su honor ha sido vulnerado por esa repetida conducta. (STS de 8 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un bar ejercita la acción de protección del derecho al honor contra los periodistas, director y editor de una publicación en la que aparece el nombre del establecimiento que regenta como lugar de reunión de ETA en Valencia, sin que se aludiera directamente a su nombre personal. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia acoge el recurso de apelación y condena a los demandados a rectificar. La parte demandada interpone recurso de casación basado en el carácter personalísimo de la acción ejercitada. (M. C. B.)

8. Derechos fundamentales: colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información: doctrina general de la Sala Primera.—La doctrina de la Sala Primera coincide con la doctrina del TC en torno a la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción del elemento intencional de la noticia. En el caso concreto, no ofrece duda que la información reflejada en la entrevista y los reportajes, se refería a asuntos y cuestiones de interés general para la comunidad, y que los datos publicados no fuesen substancialmente veraces dentro del conjunto total de los textos que integraban dicha publicación, particular que reconoce el motivo del recurso en su desarrollo argumental, aparte de no afectar al supuesto de intromisión del artículo 7.7 de la Ley Orgánica de 1982, la circunstancia de ser o no totalmente veraz la información.

Inexistencia de intromisión en entrevista periodística.—En ninguna de las numerosas alusiones contenidas en la entrevista se encuentran imputaciones, más o menos concretas, que vinculen al recurrente a hechos o situaciones que pudieran suponer un menoscabo o ataque a su honor, entendido, según la jurisprudencia, en el doble concepto de *immanencia o misividad*, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y de *trascendencia o exterioridad*,

formado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, y, es más, en las contestaciones del entrevistado a las preguntas del periodista no se encuentra ninguna expresión que pudiera conceptuarse como crítica personal al recurrente o a su actuación profesional.

Inexistencia de intromisión de dos reportajes en el honor.—En el primero de los reportajes se observa que los comentarios en torno al recurrente, apreciados, igualmente, dentro del total conjunto del texto de la publicación, no permiten relacionar a dicho señor, directa o indirectamente, con los hechos o actuaciones, presuntamente delictivos, que se imputa a los funcionarios que, en el decir del articulista, componen una mafia policial, cuyos comentarios, como revela su lectura, sólo van dirigidos a exponer la situación de confianza y amistad existente entre aquél y los funcionarios descritos; en cuanto al reportaje en sí mismo, sólo cabe conceptuarle cual reflejo de una crítica, más o menos dura, acerca de un determinado sector de la Policía de Madrid; el segundo reportaje merece análoga calificación que el anterior, representar una crítica dura de determinados funcionarios policiales, y aunque sea evidentemente desafortunado un comentario dedicado al recurrente, ello no autoriza a que pueda interpretarse como una sinonimia, equivalente a que el recurrente solicitó al servicio activo con el propósito de dar muerte al delincuente referido, y que la muerte de éste no resultara accidental. (STS de 25 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

9. Derecho a la intimidad. Datos relativos a la filiación.—La doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional, establece «que el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE está estrictamente vinculado a la “dignidad de la persona”, que reconoce el artículo 10 CE, e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana”» (STC 231/1988). Es por ello que evidentemente la filiación, y en concreto la identificación del origen del adoptado, forma parte del ámbito de lo íntimo, que además en este caso se ve reforzado por la existencia del artículo 39.2 CE. Además, el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los datos personales, «sino también a determinados aspectos de otras personas con los que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen».

Colisión entre los derechos fundamentales al honor y la intimidad de un lado y libertad de información de otro.—«La jurisprudencia del TC ha establecido que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos. La tarea de ponderación ha de efectuarse teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE ostenta el derecho a la información... en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública, que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.»

No obstante, como se manifiesta en numerosas sentencias del TC (17 de octubre de 1991 y 11 de abril de 1992), en lo que afecta el derecho a la intimidad «la excepción de veracidad no es legitimadora, pues responde a una divulgación

indebida de hechos relativos a la vida íntima y privada, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo es aquí la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su divulgación resulta justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa o, si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento».

Cuantificación del daño moral.—Para la fijación de la cuantía indemnizatoria han de tenerse presentes los criterios que menciona el artículo 9.3 de la Ley 1/1982, en concreto, las circunstancias del caso y gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá presente la difusión del medio en el que se haya establecido la intromisión. Además, el citado precepto añade otro criterio: «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta última circunstancia ha de ser entendida en el sentido de que mediante la indemnización ha de evitarse que aun después del abono de la misma la empresa editorial infractora obtenga un beneficio económico. Ello supondría un enriquecimiento injusto «al que priva de título la ilicitud, siquiera sea civil, de la intromisión efectuada». No puede pretenderse que la indemnización tenga un carácter ejemplificador que evite al infractor en el futuro seguir la misma línea de conducta, pues las indemnizaciones carecen de carácter sancionador. (STS de 7 de diciembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Tras aparecer una entrevista personal en la revista P, se formuló demanda por los hijos de una famosa actriz, en la que se solicitaba que se declarara que los demandados habían realizado una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar de los actores, y que por tanto se insertase a su costa en la revista P. el texto de la sentencia. Asimismo, se solicitaba una indemnización en cuantía de 12.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que los demandados habían efectivamente realizado una intromisión, condenándoles solidariamente al pago de 2.000.000 de pesetas, y a que se insertase la sentencia en la revista P.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, se estimó el recurso, absolviendo a los demandados.

Los actores formularon recurso de casación, y el TS confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, si bien elevó la cuantía de la indemnización a 10.000.000 de pesetas.

NOTA.—Se acoge en esta sentencia lo que viene siendo una constante en nuestra jurisprudencia (SSTS de 20 de febrero de 1989 y de 19 de marzo de 1990): el juego de la *exceptio veritatis* respecto del derecho fundamental a la intimidad. En efecto, en la colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad, no mencionada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, no justifica por sí solo una intromisión en el citado derecho fundamental. Tan sólo la relevancia pública de la noticia puede justificar la intromisión.

Con respecto a la fijación del *quantum* indemnizatorio del daño moral en aquellos supuestos en que se dé una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, hemos de precisar que la mayoría de las sentencias del TS han venido manteniendo que dicho *quantum*, una vez fijado en la instancia, no es susceptible de revisión en casación (SSTS de 11 de diciembre de 1989, 26 de diciembre de 1991 y 27 de

noviembre de 1991). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un supuesto excepcional, en el que dicha revisión se produce. Sin embargo, no es un caso único, pues en otras sentencias del TS, aunque escasas, también se admite la revisión de la cuantía de la indemnización en casación (SSTS de 23 de marzo de 1987 y de 11 de octubre de 1990). (S. A. G.)

10. Protección del derecho al honor. La veracidad no puede exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas sobre hechos históricos.—No es posible admitir la tesis del motivo por las siguientes consideraciones:

1.^a Porque no puede dudarse que los hechos relatados en el libro escrito por el actor (hoy recurrido) tuvieron a la sazón una evidente significación social, y una repercusión histórica y política, por lo cual, no cabe ignorar que los mismos y por esas connotaciones fueren entonces idóneos para la adecuada publicación (así el propio motivo recoge cómo se publicaron esos hechos, y consta en autos, entre otros, en el diario *Arriba* de 14 de febrero de 1956, diario *Ya* de 14 de febrero 1956, e incluso referencias concretas al acervo informador de la Hemeroteca Nacional, con datos técnicos de las informaciones de la época sobre el suceso, amén de las declaraciones entre otras del Dr. Obrador y después del *País Semanal* de 3 de octubre de 1976), sobre todo, ejercitando un derecho de información amparado legalmente.

2.^a Habida cuenta ese carácter de noticiable y el trasfondo histórico-social de dichos hechos, y por lo tanto la pertinencia de la justificación de su publicación, en cuanto al contexto de los mismos, no puede olvidarse que, por la significación pretérita que tuvieron, vertiera su opinión sobre las circunstancias ocurridas en momentos tan singulares de nuestra comunidad política, procedería a recoger las líneas de la noticia con su pormenor más significativo, a los fines de que quedara un relato más o menos completo para la Historia de dicha incidencia.

3.^a Que, naturalmente, si se trata como debe ser en la exigencia a cualquier autor, periodista o historiador, de referir aquellos hechos con las máximas circunstancias identificadoras, no se debe permitir sólo se relate su fecha o el lugar de acaecimiento, sino que la complectud informadora ha de abarcar, en lo posible, los comportamientos de los interesados o intervinientes y, si es factible, su propia identificación, todo lo cual coadyuva a la mayor credibilidad o perennidad del relato para las sucesivas generaciones.

4.^a Que habida cuenta —se reitera— la trascendencia de tales hechos y la justificación de su publicación en su tiempo y su posterior relato por quien como el recurrido, comenta el suceso histórico, dentro de los límites del derecho de expresión, es llano que, en torno a la comprobación de los mismos, o a la exigencia de la verdad, o de la veracidad de los mismos, se respete cuanto se expuso en la tesis sustentada por el propio TC en el FJ 7.º de la repetida S de 11 de noviembre de 1991, en donde se hace constar literalmente: «... aun cuando se suministre información sobre hechos que se pretenden ciertos y la protección constitucional sólo se extiende a la información veraz, este requisito de veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos».

5.^a Que tampoco se desconoce que en la descripción del suceso se aluda a la fuente atributiva de la noticia y que el relato en sí responde al común denominador del ambiente difusor que existía en la época sobre el suceso, tal y como se

ha recogido en el apartado 1.º precedente, en el sentido de que esa fuente informativa se ubicaba en los medios aludidos, que se conecta con las otras fuentes de información y difusión de tales hechos históricos.

6.^a En conclusión, se subraya, reiterando cuanto se ha expuesto, que el ilícito denunciado sobre la existencia en su día de esos «rumores» de atribución de autoría según los medios seúísticos de la época, al margen de referirse a una indiscutible noticia publicable como lo fue en los distintos medios de difusión y su también innegable fondo de historicidad en la evolución sociopolítica del país, propiciante, pues, como se hizo por el autor, a reflejarla en la exposición de su libertad de expresión, tampoco así expuesta en su literalidad, pugna frontalmente con la supuesta exigencia en la contienda, de la veracidad razonable, tanto porque aquella notoriedad del hecho motivara, en verosímil dación, esa supuesta atribución, tanto porque su ambigüedad dificulta cualquier juicio *ex post* de control de su verdad. Por todo lo cual, con el rehúse del motivo, procede confirmar la sentencia recurrida. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante interpuso demanda de juicio de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra Editorial Planeta, S. A. y don Gregorio Moran Suárez, solicitando que se condenara a la editora a suprimir, en sucesivas ediciones que puedan publicarse del libro *Miseria y grandeza del Partido Comunista de España 1939-1985* el párrafo en el que se hace alusión a don Fernando Márquez Horrillo, en su página 282; la obligación del autor y subsidiariamente de la editora de indemnizar al demandante por daños morales; y al pago de las costas procesales. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, desestimando la demanda y el TS ratificó esa decisión. (L. F. R. S.)

11. Falta de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Aun siendo cierto que el texto publicado, en su conjunto, denota alguna imputación al Dr. Lledó de una actuación profesionalmente incorrecta, no permite considerarlo intromisión ilegítima en su honor, ni presenta carácter difamatorio, en atención a que: a) No ofrece duda la veracidad del relato del señor Martín Torres aunque incurra quizá en alguna inexactitud científica y se exprese, como es natural, en términos vulgares, pero sin constituir un ataque global a la actividad profesional del Dr. Lledó, ni mucho menos una descalificación general del mismo, sino que se narra un suceso lamentable y los padecimientos sufridos por la señora Serna a consecuencia del mismo; b) tiene declarado esta Sala, en S de 18 de abril de 1995, que es correcta la consideración de la prevalencia, aunque no absoluta, de los derechos a la libre expresión e información sobre el derecho al honor (SS de 5 de marzo y 18 de mayo de 1994), debiendo ponderarse que el asunto a que se refiere la invocada intromisión tenga relevancia pública e interés general (SS de 4 de octubre y 2 de diciembre de 1993)», no exigiéndose, según ha matizado el TC (S de 12 de noviembre de 1990) que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, y, en este caso, ha de reconocerse que se trataba de unos hechos —es de notar que el repor-

taje critica también, aunque con fundamento muy endeble, al Instituto Nacional de la Salud y a la Seguridad Social— de indudable interés público y, por otra parte, la documentación a que se hace referencia en el reportaje y en las sentencias dictadas en ambas instancias es reveladora, en líneas generales, de la veracidad de los acontecimientos relatados; c) siendo así, ha de decaer el motivo con sólo añadir que la solidez de la argumentación desarrollada en la sentencia de primera instancia y el acierto del enjuiciamiento realizado en apelación no se ven afectados porque, entre otras consideraciones, se aluda a que algunos excesos en las manifestaciones de los cónyuges Martín-Serna «sólo son apreciaciones personales sobre una actuación concreta de un profesional desde la óptica de un profano en la materia, encuadrable dentro de la óptica de la buena fe», lo que no significa que esta consideración de la buena fe sea la *ratio decidendi* de lo resuelto, y d) por último, dado lo expuesto, es irrelevante la circunstancia de haberse publicado el reportaje controvertido en un periódico local, ya que por sí sola no es determinante de que el hecho constituya una intromisión en el honor del demandante, sino que sólo trascendería, si se hubiera producido —lo que no sucede—, a la valoración del perjuicio eventualmente causado. (STS de 14 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Un médico estomatólogo interpuso juicio incidental sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dirigiéndose contra un matrimonio, una periodista, el director de un periódico, la empresa editora del mismo y el Ministerio Fiscal, por considerar que lesionaba su derecho al honor el reportaje publicado en el periódico de Elche, que relataba la intervención realizada por el actor a una paciente, a consecuencia de un raigón en la encía, y que le produjo una infección que hizo necesario su ingreso en un hospital. Todos los órganos judiciales intervinientes consideraron que no existía intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. (L. F. R. S.)

12. Derecho al honor y libertad de información. Conflicto entre ambos.—El carácter no absoluto de los derechos de rango fundamental reconocidos en el artículo 20 CE, y más concretamente, el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1, letra d)], hace necesario establecer sus límites y resolver los conflictos a que da lugar al entrar en colisión con otro derecho también de rango fundamental como es el derecho al honor del artículo 18 CE, teniendo en cuenta «la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia» (SSTS de 24 de julio y 3 de octubre de 1989 y 14 de febrero y 16 de noviembre 1991; SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 272/1994 de 17 de octubre).

En este sentido, es necesario distinguir dos aspectos bien diferenciados de la información difundida: por un lado, las noticias o hechos (substancialmente veraces) relativos a una persona de relevancia pública y de un indudable interés general, que contribuyen a la formación de la opinión pública plural y libre en una sociedad democrática, y que deben prevalecer sobre el derecho al honor; por otro, los calificativos vejatorios, desvinculados de la información y que resultan

meramente descalificatorios o insultantes, y que nada aportan a la formación de la opinión pública libre, en cuyo caso, debe prevalecer el derecho al honor. (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de ciertas informaciones aparecidas en un periódico, el actor formuló demanda de juicio incidental sobre protección civil del derecho al honor contra el editor, el director y un colaborador del periódico. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Melilla la desestimó respecto a este último y la estimó parcialmente respecto a los dos primeros, condenándoles solidariamente al pago de la cantidad que habían solicitado como indemnización.

Apelada la sentencia por ambas partes (con adhesión del Ministerio Fiscal), la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia confirmando la dictada en Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, también por ambas partes, el TS declaró no haber lugar a los recursos planteados.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa es representativa de la última etapa de la evolución de la jurisprudencia constitucional, seguida por el TS, respecto al conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información.

En un primer momento (STC 120/1983, de 15 de diciembre), se afirmaba la prevalencia de los derechos del artículo 18 CE sobre las libertades del 20. Posteriormente, a partir de la S 104/1986, de 17 de julio, se inicia la etapa denominada de «necesaria ponderación», pues se entiende que cuando resulten en conflicto derechos de rango fundamental no puede afirmarse *a priori* la prevalencia de uno sobre el otro, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación (*balancing*, en la doctrina americana) de las circunstancias de cada caso concreto.

Actualmente, tras la S 159/1986, de 12 de diciembre (la que anota-mos también es ejemplo de ello), parece que puede hablarse de una posición preferente de estas libertades, dada su doble vertiente de derecho fundamental y garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, lo que no evita la necesaria ponderación de las circunstancias del caso concreto, ya que, como señala la de 12 de noviembre de 1990, «para que justifique, como valor preferente, la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad, requiere: 1. veracidad; 2. interés general y 3. ausencia de expresiones insultantes».

En nuestra S, la presencia de expresiones insultantes y vejatorias, que aparecen unidas a la información de unos hechos noticiables, determina la vulneración del derecho al honor, aun cuando dichos hechos sean veraces y de interés general. (A. G. C.)

13. Títulos nobiliarios.—Se produjo exclusión acreditada de doña M. S. de M., la que ostenta el derecho preferencial para acceder a la merced en disputa, ya que los segundogénitos y sus descendientes no pueden acceder al título, por existir dicha descendiente legítima de la línea del primogénito, sin que tenga incidencia alguna la renuncia practicada por su abuelo y tiosabuelos, como sucesores del III Conde, ya que no le afecta a la recurrida de referencia, dado que los títulos

nobiliarios no conceden un efectivo *ius disponendi* y no son objeto de comercio, y menos tal acto de renunciación la vincula y bloquea absolutamente sus legítimos derechos sucesorios, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en SS de 7 de diciembre de 1985 y 21 de febrero de 1992, por regir obligatoriamente la Ley concesionaria del Título y lo que integra su propia y específica reglamentación en proyección a los sucesores en el mismo. (STS de 11 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de una reclamación fundada en mejor derecho de una descendiente del primogénito de un título frente a los descendientes del segundo génito. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el mejor derecho al título de nobleza de Conde de Guijas-Albas. La Audiencia confirmó la sentencia. El TS no dio lugar al recurso. (A. C. S.)

14. Proceso de incapacitación: demencia arterioesclerótica: requisitos procesales: único demandado.—En todo proceso de incapacitación, que en modo alguno puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, pues en el mismo está en juego la pretendida negación a un ciudadano mayor de edad, de la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes del modo que tenga por conveniente, tiene que haber necesariamente, y no puede haber otro (aparte del Ministerio Fiscal) un único sujeto pasivo o demandado, que ha de ser inexorablemente la persona a la que se trata de incapacitar, la cual intervendrá en dicho proceso de alguna de estas tres formas: 1) compareciendo con su propia defensa y representación, nombradas por él mismo; 2) teniendo un defensor designado por el Juez (defensor judicial) si el Ministerio Fiscal hubiese promovido el proceso y el presunto incapaz no actúa en la forma dicha en el apartado anterior, y 3) siendo defendido por el Ministerio Público si éste no es el que ha promovido el proceso y el supuesto incapaz no se defiende por sí mismo. No es permisible, en modo alguno, que sean sujetos pasivos los demandados los parientes del presunto incapaz, cualquiera que sea su grado de parentesco.

Carece del más elemental sentido jurídico que en el presente caso, una hermana del actor, hija a su vez del incapacitado, aparezca como demandada y condenada en primera instancia, y le sea admitido el recurso de apelación contra la sentencia, y asimismo carece de legitimación activa para recurrir en casación. Todas estas razones son suficientes para desestimar el recurso de casación interpuesto por la hija del declarado incapaz, cuando éste ha estado defendido por el Ministerio Fiscal, el cual ha consentido la sentencia de apelación, confirmatoria de la declaración de incapacidad del padre.

Recurso de casación interpuesto por persona no legitimada: orden público: cumplimiento de requisitos formales.—La trascendencia social de este proceso y el interés público subyacente en los resultados del mismo explica y justifica que, ingresado un asunto de esta naturaleza en sede casacional, se pueda examinar si las formas observadas hasta la consecución de la sentencia se ajustan a lo prescrito, dado el substancial aspecto de garantías de derecho público que revisten y la necesidad de su respeto por razones de orden público procesal (STS de 24 de mayo de 1991); bajo esa única perspectiva serán examinados los dos motivos integradores del presente recurso de casación, aunque él mismo haya sido interpuesto por persona carente de legitimación para ello.

Audiencia a los próximos parientes del presunto incapaz.—Es indudablemente obligatorio para el Juez oír a los parientes mas próximos del presunto incapaz, siendo la *ratio* del artículo 208 CC que el Juez pueda conocer el criterio de esos parientes acerca de si estiman que el presunto incapaz padece alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo; de esta audiencia queda excluido el pariente que promueva el proceso de incapacitación, pues con la formulación de su demanda ya está dando explícitamente a conocer al Juez su criterio acerca de dicho extremo; además, en el presente caso, la hija era el otro pariente que debía ser oído, lo que se llevó a cabo al ser incorrectamente admitida como parte demandada y contestar a la demanda, dando a conocer amplia y claramente al Juez su criterio contrario a lo solicitado por su hermano, por lo que resultaba totalmente superflua e innecesaria una nueva diligencia de audiencia.

Examen del presunto incapaz por el juez.—Lo realizó el Juez como prueba para mejor proveer, con asistencia del Secretario, y si bien se produjeron dos omisiones, pues no se dio intervención a las partes, ni su resultado se les puso de manifiesto para que alegaran por escrito lo que a bien tuvieran, tales omisiones, en el atípico supuesto litigioso que examinamos, no pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones por las siguientes razones: 1) las partes procesales legitimadas no han formulado reclamación alguna; 2) no se solicitó la subsanación en apelación, y 3) no se ha probado indefensión alguna de los intervinientes. (STS de 30 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Es conocida la escasa predisposición de las familias españolas a solicitar la incapacitación de sus mayores, de suerte que cuando se produce alguna solicitud judicial cabe preguntar qué clase de intereses económicos están detrás. Es impecable la argumentación de esta S (Pte. Morales Morales) al detectar la grave irregularidad procesal de tener por demandado en el proceso a una hija del presunto incapaz, hermana, a su vez, del promotor de la acción. Parece que la enfermedad demostrada, consistente en una demencia arterioesclerótica es base suficiente para la incapacitación. Pero el deseo de agotar el razonamiento, actuando *obiter dicta*, conduce a alguna incongruencia dialéctica, y así no parece de recibo que se anule la actuación procesal desarrollada por la hija y se argumente que en ella tuvo ocasión de expresar su parecer (¿por qué no tener en cuenta, al menos a efectos dialécticos, sus aseveraciones sobre la *normalidad de su padre*? ¿no se trata de alguien que, en principio, ha estado muy cerca de su progenitor?). (G. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Enriquecimiento injusto.—Partiendo de los hechos probados, el Tribunal señala que producido el desplazamiento patrimonial, no probada la razón del mismo ni el encargo que se dice recibido, ni una causa que se estime justa para que el demandado, Corredor de Comercio, retenga lo recibido o lo entregue a otro sin tal encargo, «es obvio que tiene que restituir y quien entregó el dinero posee acción para reclamar la restitución, pues en el caso contrario se daría un enriquecimiento del actor, un correlativo enriquecimiento por el demandado, falta de prueba de una causa justificativa y, dada la inexistencia de contrato que

mantiene la Audiencia, falta de disposición normativa que excluya el ejercicio de la acción de enriquecimiento (véase, por todas, S de 13 de diciembre de 1991), debiendo de aclararse que a igual resultado se llegaría de existir un contrato de mediación y no acreditarse su cumplimiento».

Indemnización de daños y perjuicios.—Declara la Sala sentenciadora que «tratándose de una devolución de una cantidad de dinero “la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio (cual es el caso), en el interés legal”, según dispone el artículo 1108 CC, desde la fecha de la interpelación judicial, al no haberse solicitado otra cosa y con aplicación del artículo 921 LEC, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, confirmada en cuanto a la condena de los 20.000.000 de pesetas, absorbiendo o sustituyendo estos últimos intereses a los moratorios, pues el disfrute de un capital por el demandado es beneficioso para el mismo y debe pagar por ello un precio, que no es otro que el interés en el sentido jurídico dicho».

El artículo 1214 CC. La carga de la prueba.—Admite el Tribunal que el artículo 1214 CC pueda ser alegado en casación «cuando se acuse al juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, es decir, invertido la carga que a cada parte corresponde, teniendo que probar el actor los hechos normalmente constitutivos de su derecho y el demandado los obstativos, impositivos o extintivos (SS de 25 de febrero y 20 y 24 de julio de 1986; 13 de febrero y 5 de junio de 1987; 8 de octubre y 19 de noviembre de 1988; 24 de abril, 18 y 26 de mayo, 13 y 19 de junio, 18 y 24 de julio, 22 y 29 de septiembre, 8 de octubre y 19 de diciembre de 1989)», ocurriendo en el supuesto analizado que el demandante ejercita acción recuperatoria de los 20.000.000 de pesetas entregados y el demandado no niega tal hecho, sino que alega haber recibido el encargo de entrega a un tercero, lo que constituye una objeción de naturaleza extintiva y obstativa cuya prueba le correspondía y, al no haberla conseguido, ha de sufrir las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba, que es lo que constituye el auténtico sentido y esencia del *onus probandi*. (STS de 27 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. C. S. ingresó la suma de veinte millones de pesetas en una cuenta de una sucursal de la entidad bancaria «Citi-bank», de la cual era titular don J. M.^a A. D., que por aquel entonces ostentaba la condición de Corredor de Comercio. El referido importe salió de dicha cuenta en sucesivas partidas de 4.000.000 de pesetas.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia condenó a don J. M.^a A. D. a devolver dicha cantidad más intereses legales y daños y perjuicios, que se acreditarían en ejecución de sentencia o, en su caso, que entregase al actor las acciones bancarias compradas a su nombre, que amparasen el contravalor de las cantidades entregadas. La Audiencia, por el contrario, absolvió a don J. M.^a A. D., entendiéndolo que los datos dichos no permitían, por sí solos, inferir la existencia de un arrendamiento de servicios. Se interpuso recurso de casación por la representación de don J. L. C. S. (A. G. B.)

16. Error sustancial sobre la identidad del objeto.—El recurrente interpone recurso de casación por infracción del artículo 1266 CC, relativo al error invalidatorio del consentimiento. El TS desestima el recurso diciendo que «pretender demostrar que las posibles deficiencias del vehículo debían

haber sido observadas por el comprador adquirente, no son de recibo frente a las circunstancias de inhabilidad que con todo pormenor fija la Sala», sobre todo «al no constar probado que el comprador fuera un verdadero técnico en mecánica de automóviles»; por tanto, se incurre en el vicio de consentimiento derivado del error sustancial, esto es, «conocimiento equivocado de aquello que se compraba, que prácticamente inhabilita el propio objeto, e, incluso, puede también acarrear el sucesivo desmonte de la causa del contrato». (STS de 1 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—“Motor Burgos, S. A.”, formula demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra Sociedad de Ayuda en Carretera DYA en reclamación del importe del precio aplazado dejado de satisfacer por la segunda, por la venta de un vehículo de segunda mano propiedad de la primera. La demandada formuló, además de contestación, la correspondiente reconvencción en la que solicitó la resolución del contrato de compraventa suscrito por las partes por error en el consentimiento en la compra del vehículo, con la consiguiente restitución del autocar a la parte vendedora y de las cantidades entregadas hasta ese momento a la parte compradora-reconviniente, además del pago de los daños y perjuicios. A esta demanda se acumuló otra entre las mismas partes y por el mismo concepto tramitado ante otro Juzgado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la demandada a que pague el precio aplazado al vendedor. Asimismo, estima, parcialmente, la demanda reconvenzional condenando a la demandante a que abone al comprador cierta cantidad por incumplimiento de la obligación de revisar la electricidad y el motor del vehículo asumida y no cumplida por el vendedor, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1088 y 1091 CC. Sin embargo, no estima la existencia de error como vicio del consentimiento por parte del comprador del autocar «cuando consta en autos, que sabía que el vehículo adquirido era de segunda mano, y que el precio, por lo tanto, era muy inferior al valor en el mercado de otro vehículo nuevo de las mismas características; por otro lado, las averías que tenía el vehículo se habrían observado con la más mínima diligencia, más exigible cuando, como en este caso, la entidad compradora conoce perfectamente el sector del automóvil». La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-reconviniente y declara resuelto el contrato diciendo que «no constando probado que el comprador fuera un verdadero técnico en la mecánica de automóviles, ni profesional del ramo, comporta la razonable y lógica estimación de que el necesario consentimiento para la compraventa se hizo por error invalidante, recayente en la sustancia de la cosa, por cuanto que se ha acreditado, que el chasis estaba torcido, y que, aunque se reparara por completo, jamás servirá para cumplir la finalidad pretendida...». El vendedor recurre en casación y el TS desestima el recurso. (I. H. M.)

17. Promesa de compra y venta.—La promesa de contrato o precontrato consiste fundamentalmente en un acuerdo de voluntades encaminado a preparar la realización de un contrato posterior. Por ello, la Jurisprudencia, de una forma casi unánime, desde muy atrás (SSTS de 11 de noviembre de 1943; 28 de marzo de 1945; 26 de octubre de 1946; 1 de julio de 1950... y, ya más recientes, 24 de

mayo de 1980; 10 de marzo y 30 de junio de 1986; 24 de diciembre de 1992, y 8 de julio de 1993), resuelve la problemática en torno a la identificación o no del precontrato con el mismo contrato proyectado, afirmando la independencia de la figura jurídica de la promesa de contrato. El precontrato se va a dividir en dos fases diferentes: una primera, en la que se proyecta el contrato a realizar, y se faculta a las partes para exigir su cumplimiento (es decir, la realización del mismo); y, la segunda fase, en la que se exige este cumplimiento, con la entrada en vigor del contrato. Por tanto, es la voluntad de las partes la que decidirá en torno a la realización, no del contrato de compraventa, sino de otro preparatorio.

El Tribunal fundamenta en esta distinción la aplicación de regímenes distintos: mientras que al contrato de compraventa realizado en un momento posterior le será aplicable las reglas que el CC establece para éste, a la promesa de contrato se le aplicará «simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, descartando en consecuencia, el criterio de equiparación e identidad de ambas figuras». (STS de 23 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía solicitando el cumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, con el otorgamiento de escritura y con el precio y condiciones ya estipulados. Además, exige la realización de una serie de obras, por valor de 6.177.843 pesetas. La demanda es admitida y los demandados contestan a ésta estableciendo que no cumplió la promesa de venta, puesto que no se presentó en el Notario antes del día señalado (30 de enero de 1987, inclusive), ya que, aunque compareció ante Notario diferente para que se enviara carta certificada y con acuse de recibo advirtiendo que no acudiría a la Notaría hasta que no se hubieran realizado las obras requeridas, sin embargo ello no es óbice para incumplir su promesa, exigiendo a la vez el cumplimiento de los codemandados.

El Juzgado desestimó la demanda, entendiendo extinguido el precontrato. La Audiencia Provincial confirmó la Sentencia del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la que fue demandante, el TS vuelve a confirmar tal resolución.

NOTA.—Ni la jurisprudencia ni la doctrina encuentran una postura unánime con referencia a la figura del precontrato: la tesis clásica o tradicional lo define como el contrato por el que las partes quedan obligadas a realizar de nuevo otro posterior, surgiendo la obligación de contratar. Posteriormente aparece una nueva postura que fomenta la inexistencia de esta promesa. Roca Sastre formula, por último, la siguiente concepción: el precontrato sentará las líneas básicas de un contrato específico, surgiendo la obligación de cooperación para su conclusión.

Aunque, quizá, la postura más correcta a la hora de conceptuar lo que se ha denominado promesa de contrato, es la de definirla como un «convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas o de cada una de ellas la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado» (De Castro). Es decir, no es que se realice un nuevo contrato, sino que a lo que va a dar lugar será al surgimiento de un vínculo obligatorio caracterizado por la facultad de las partes de optar por su cumplimiento. No será necesaria, por tanto, la emisión de una nueva declaración. Y esta opción es una facultad, inherente en la

promesa de contrato; ambos términos (opción y precontrato) no son distintos (Cañizares). La promesa va a facultar a una de las partes (o a ambas), a decidir u optar sobre el contrato que se ha proyectado; pero esto no significa que esta opción sea considerada como una nueva declaración de voluntad.

El problema aparecerá en la ejecutoriedad de la promesa de contrato, cuando alguna de las partes se niegue a cumplir con lo establecido en ésta. No existen dos contratos, sino una relación contractual dividida o desarrollada en dos momentos; sin embargo, si se entiende el precontrato con la necesidad de una nueva y posterior declaración (un nuevo contrato), al incumplirlo, no existe forma de obligar a su cumplimiento; cabría únicamente la indemnización de daños y perjuicios. La Jurisprudencia del Tribunal exige, de una manera casi uniforme en este sentido, no sólo la indemnización, sino incluso su cumplimiento. En la resolución en la que nos encontramos, no es que se deba ejecutar la promesa, sino que se extingue debido a que no se ejecutó la facultad de opción dentro del plazo señalado, y, por tanto, no se cumplió uno de los requisitos para este ejercicio. Este plazo actuará como límite del derecho de opción que la demandante poseía según la promesa. (*P. S. S.*)

18. Compraventa. Imposibilidad de cumplir la prestación. Pago por el equivalente pecuniario.—La obligación primordial y básica que incumbía a la entidad mercantil demandada era la de entregar a la actora los dos apartamentos vendidos, con el valor que tales apartamentos tuvieran en el momento de la entrega, cualquiera que hubiere sido el precio de su venta. Como la expresada entrega no puede efectuarla la demandada, por haber pasado dichos apartamentos a ser propiedad de terceros adquirentes de buena fe, es evidente que debe acudir al equivalente o sustitutivo pecuniario (*id quod interest*) de los referidos apartamentos (arts. 924 y 926.3.º LEC), que, lógicamente, no puede ser otro que el valor que dichos apartamentos tenían al incoarse este proceso y no el que pudieran tener en la fecha, artificiosamente, y sin fundamento legal alguno, buscada por la sentencia recurrida, en que la actora, en contra de su voluntad, fue desposeída de dichos apartamentos (30 de mayo de 1982) por los terceros adquirentes de los mismos, a través del procedimiento del artículo 41 LH. (**STS de 4 de diciembre de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante documento privado, de fecha 26 de septiembre de 1970, la entidad mercantil «C., S. A.», vendió a don Hillardus-Jan D. dos apartamentos. Con fecha de 16 de noviembre de 1972, don Hillardus-Jan D. renunció a todos los derechos que le pudieran corresponder como consecuencia del referido contrato de compraventa y lo cedió a favor de doña Augusta Johanna L., lo cual fue consentido por «C., S. A.». El día 18 de agosto de 1974 falleció doña Augusta Johanna L., siendo su única y universal heredera doña Elvira Ángela María M. P. No obstante haber consentido la anteriormente dicha cesión de derechos, con fecha 22 de noviembre de 1977, «C., S. A.», otorgó escritura pública de venta de los referidos apartamentos en favor de don Hillardus-Jan D. Mediante escritura pública de fecha 26 de septiembre de 1979, don Hillardus-Jan D. vendió los dos expresados apartamentos a don Isaac Jacob V. der V. y a don Tomás S., quienes inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. En 1981, los

titulares registrales de los dos apartamentos promovieron procedimiento del artículo 41 LH contra doña Elvira Ángela María M. P., en su calidad de poseedora de los mismos, en cuyo procedimiento recayó sentencia favorable a los referidos titulares registrales.

En junio de 1988, doña Elvira Ángela María M. P. demandó a la entidad «C., S. A.», solicitando que se declare la obligación de la entidad demandada de otorgar escritura pública a su favor, y, subsidiariamente, para el caso de acreditarse en el procedimiento que los citados apartamentos no estén inscritos a nombre de «C., S. A.», se condene a la demandada a poner en poder y posesión de la actora otros dos apartamentos, propiedad de «C., S. A.», de los que pudieran estar vacantes en el mismo edificio y de iguales características que los apartamentos citados, y subsidiariamente, y, para el caso de que en el procedimiento se acredite que resulta imposible el cumplimiento del pronunciamiento anterior, se condene a la entidad demandada a abonar a la actora el precio actual de los citados apartamentos e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó en parte la sentencia apelada y acordó que, ante la imposibilidad de que por la demandada «C., S. A.», pueda entregarse la misma prestación comprometida en el contrato, condena a dicha entidad a que pague a doña Elvira Ángela María M. P. la cantidad que se fije en ejecución de sentencia como precio de los apartamentos litigiosos en 30 de mayo de 1982. Contra la referida sentencia de la Audiencia la actora interpuso recurso de casación.

NOTA.—Sobre la cuestión de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la obligación del deudor de pagar el equivalente pecuniario de la prestación (véase, Cabanillas: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 125 ss y 151). (A. C. S.)

19. Intereses moratorios. Liquidez e iliquidez de las deudas.—La jurisprudencia de nuestro país viene entendiendo, de acuerdo con el viejo brocardo *in iliquidis non fit mora*, que la liquidez de las deudas dinerarias es un presupuesto de la *mora debitoris* del artículo 1100 CC. La no concurrencia del mismo lleva consigo el no devengo de los intereses moratorios a que se refiere el artículo 1108 del mismo cuerpo legal mientras no se determine la deuda mediante sentencia judicial.

Según esta reiterada doctrina, una deuda es líquida cuando la resolución judicial condena a pagar la misma cantidad que la pedida (no lo sería si hubiere de determinarse en un proceso judicial o en ejecución de sentencia), en cuyo caso los intereses moratorios se devengarían desde la interposición de la demanda. En caso de que la condena lo sea por cantidad inferior a la pedida, sólo se devengarían éstos desde la fecha de la sentencia, pero no antes, puesto que hasta ese momento la deuda no era líquida y el deudor no habría incurrido en mora. (SSTS 5 de octubre y 25 de noviembre de 1983; 10 de octubre de 1986; 3 de noviembre de 1987; 7 de marzo de 1988, y citadas por la de 28 de octubre de 1986.)

«Esta conclusión no contradice la doctrina jurisprudencial que subordina la percepción de intereses a la decisión judicial que fije la cuantía de la suma a exigir, en cuanto que la indemnización económica declarada a favor de... es la misma que la reclamada por ellos en el suplico de la demanda que interpusieron,

y respecto a..., se comprueba que coincide, de manera sustancial, con la solicitada.» (STS de 20 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora formuló demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad (indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tráfico). Contestada la demanda y acumulados los autos procedentes de otro juzgado de la misma clase, el Juez de Primera Instancia de Zaragoza estimó las demandas respecto a parte de los demandados, y las desestimó respecto a otros, condenando a los primeros a abonar a los actores, en un caso, la misma cantidad que la solicitada, y, en otro, una cantidad superior a la fijada en la demanda (aunque justificada en virtud de otros conceptos también solicitados), con el abono, en ambos casos, de los intereses legales desde la interpelación judicial.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza revocó parcialmente la resolución dictada en el sentido de absolver a parte de los demandados condenados, sin modificación alguna ni en cuanto a la cuantía fijada como indemnización en primera instancia ni en lo relativo a los intereses devengados.

Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo confirmando la sentencia dictada en apelación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa parece continuar la línea que durante más de un siglo se ha asentado en la jurisprudencia del TS y que sigue al ya mencionado brocardo *in iliquidis non fit mora*, y que se halla, por tanto, en abierta contradicción con las más recientes sentencias de la Sala Primera de este Tribunal, que introducen un replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia. (SSTS de 5 marzo de 1992; 17 y 18 de febrero, y 21 de marzo de 1994, y 20 de julio de 1995.)

Sin embargo, estas afirmaciones sólo son parcialmente ciertas, porque, aunque la sentencia anotada concede respecto a la primera demanda intereses legales desde la interpelación judicial sobre la base de la total coincidencia entre lo pedido y lo concedido por la sentencia (parece seguirse aquí el criterio tradicional), no es menos cierto, que respecto a la otra demanda que se acumuló a los autos, se conceden intereses legales, también desde la interpelación judicial, aun cuando del total de la cuantía concedida por la sentencia (3.268.695 pesetas), sólo una parte había sido concretada en esta demanda (3.076.582 pesetas), mientras que la diferencia entre ambas cantidades (192.113 pesetas), que correspondía a conceptos solicitados, pero en cuantía no concretada por el actor, hubo de ser necesariamente determinada en el proceso a tenor de las pruebas aportadas (cantidad no líquida, por tanto, y respecto a la cual no hubieran procedido, de seguirse el criterio tradicional de la jurisprudencia, los intereses que se concedieron).

La sentencia que nos ocupa justifica la concesión de intereses sobre el total de lo concedido (también sobre el exceso no concretado) por la existencia de una «sustancial» coincidencia con lo solicitado. Sin embargo, sólo parece coherente esta conclusión a la luz de la reciente línea jurisprudencial que considera inaplicable el principio *in*

iliquidis non fit mora, aunque la determinación concreta de la deuda haya exigido pronunciamiento judicial (como en este caso), tal y como venía reclamando parte de la doctrina española [vid. Ruiz Rico Ruiz, J. M.: «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1893 ss]. (A. G. C.)

20. Acción revocatoria o pauliana.—El hecho de que la parte demandada haya constituido unilateralmente derecho de hipoteca (en este caso segunda hipoteca) a favor del acreedor que no la ha aceptado, no es motivo suficiente para desestimar el ejercicio de la acción pauliana que ejercita la parte acreedora, sobre la base del carácter subsidiario que tiene la acción pauliana en nuestro Derecho. En este sentido hay que tener en cuenta el principio de purga que respecto de la ejecución hipotecaria mantiene nuestro ordenamiento jurídico y que atribuye un determinado contenido económico al rango hipotecario, como es el presente caso, en el que la primera hipoteca (constituida, además, a favor de acreedor distinto) agota el valor patrimonial de la garantía, que resulta insuficiente para cubrir el importe de la segunda hipoteca, de tal forma que se produce la insuficiencia patrimonial que legitima el ejercicio de la acción pauliana.

Consecuencias procesales del principio de legitimación registral.—La más reciente y ya consolidada doctrina del TS, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo de la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto de la titularidad dominical. (STS de 1 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Doña C. P. R. presentó demanda de tercería de dominio contra el «B. E. C.» ante el Juzgado de Primera Instancia de Palencia, demanda que fue reconvenida por el demandado solicitando la revocación y nulidad de los títulos en que basaba la tercería. El Tribunal desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenida. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial de Palencia, ésta desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C)

21. Contrato de concesión o distribución. Carácter atípico.—Los contratos de concesión o distribución, a pesar de su acusada naturaleza atípica, ya que tienen como contenido principal las obligaciones asumidas por cada parte, al amparo y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen una base común, la mutua colaboración entre concedente y concesionario para la puesta en el mercado de un producto o servicio de determinada marca o signo comercial. Estos contratos se presentan unas veces como exclusivos y de duración indefinida, como exclusivos de duración temporal fijada, o simplemente como relaciones contractuales por tiempo indefinido.

Resolución unilateral del contrato. Límites.—Tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución a instancia de cualesquiera de las partes, pero ésta no puede operar en forma abusiva ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, puesto que los derechos del concesionario, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje y acumulación de mercancías, no pueden ser marginados y menos avasallados. Ha de preceder un preaviso y la correspondiente liquidación de las relaciones comerciales que se mantuvieron, para efectuar los abonos y compensaciones económicas que sean procedentes.

Efectos de la resolución unilateral arbitraria. Aplicación de los artículos 1101 y 1107 CC.—Los deberes derivados del propio contrato, determinan la necesidad de acomodar la facultad resolutoria unilateral a una conducta contractual leal y acorde con el negocio celebrado. Ante la falta de pruebas de la concurrencia de justas causas que impideran calificar la resolución unilateral de arbitraria, la inobservancia de estas obligaciones previas constituye una situación de incumplimiento contractual que determina, por sí misma, una obligación de reparar el daño causado a la contraparte, siendo de aplicación el artículo 1101 en relación con el 1107, ambos CC. (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar.) (M. I. M. P.)

22. Sustitución de Magistrado ponente.—La no comunicación a las partes del cambio de un Magistrado ponente si bien es una evidente irregularidad procesal, sin embargo, no tiene entidad suficiente para provocar la nulidad de actuaciones, máxime cuando no conste que se haya producido indefensión a una de las partes alegando éstas alguna causa de recusación. Esta afirmación es doctrina generalizada de la Sala Primera del TS mantenida, entre otras, en las SS de 28 de febrero de 1991, 23 de marzo de 1992 y 30 de abril de 1993.

Una vez se «ha nombrado el Magistrado sustituto, está sometido a los mismos deberes funcionales y procesales, incluso para ser Ponente con arreglo al turno previamente establecido (arts. 203 y 204 de la citada Ley)».

La voluntad deliberadamente rebelde y el artículo 1124 CC.—En los últimos tiempos la doctrina jurisprudencial «ha sustituido el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde, que no está ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1124 CC y que parece indicar actitud dolosa del incumplidor, lo que tampoco exige el precepto, por ser suficiente o bastar que se frustren el fin del contrato o las legítimas aspiraciones de los contratantes». Es obvio que se frustra el fin contractual y se justifica la resolución, cuando no se ha satisfecho más de la mitad de lo convenido. (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. G. B. y don B. C. R. instaron demanda de menor cuantía contra don P. R. R. y don M. A. G. sobre otorgamiento de escritura pública de venta. Los demandados contestaron a la demanda y formularon a la vez reconvencción solicitando, entre otros pedimentos, la resolución del contrato de compraventa. El juez de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimaba tanto la demanda como la reconvencción.

Interpuestos recursos de apelación por ambos litigantes, la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda y estimar la reconvencción. Formulado recurso de casación por los actores, el TS declaró que no había lugar al recurso.

NOTA.—Tradicionalmente se consideraba que para operar la resolución por incumplimiento era requisito preciso, entre otros, «la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». La mayoría de doctrina y la jurisprudencia así lo habían entendido y ello pese a que en el texto del artículo 1124 CC nada se establecía al respecto. Sin embargo, dado las anomalías que en ocasiones planteaba dicho requisito, recientemente se ha ido conformando una línea jurisprudencial que ya no exige dicha voluntad deliberadamente rebelde, sino que considera suficiente con «que se frustre la finalidad del contrato o las legítimas aspiraciones de las partes». Esta línea jurisprudencial, que en sus albores cuenta con SS como las de 12 de abril de 1982 y 18 de noviembre de 1983, y que encuentra un exponente claro en la sentencia objeto de esta anotación, no es doctrina totalmente asentada. Prueba de ello es la existencia de SS, como las de 24 de marzo y 15 de junio de 1995 (RJ 1995/4859), que mantienen el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde, o bien SS, como la de 20 de junio de 1993, en la que se sigue una postura intermedia (véase, por todos Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pp. 706 ss). (S. A. R.)

23. Resolución contractual. Término del plazo.—La aplicación por parte de la jurisprudencia de los artículos 1124 y 1504 CC en los casos de resolución (de bienes inmuebles, en este supuesto) va a exigir unos determinados requisitos para que sea posible desplegar la facultad resolutoria que se recoge en ambos artículos. En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal (SS de 20 de junio de 1990, 25 de enero de 1991, 16 de julio y 28 de septiembre de 1992, y 21 de septiembre de 1993) que el retraso del cumplimiento de la obligación no es causa suficiente para acogerse a la resolución del artículo 1124, sino que para ello es exigible una «voluntad frustradora del fin del contrato». Es decir, se requiere un comportamiento que patentice (expresa o tácitamente) la idea de incumplimiento en la parte demandada.

Por tanto, nos encontramos ante el siguiente conflicto: el término del plazo, por un lado, junto a la facultad resolutoria que debería gozar el vendedor; y, por otro lado, un posible cumplimiento del contrato y de la obligación de ambas partes, aun tardíamente. La balanza se inclina a favor de esta última opción, y ello porque, tal y como establece el TS, los hechos muestran la inexistencia de una voluntad incumplidora, «pertinaz y definitiva», que frustre el fin contractual, tal y como exigen para su aplicación los artículos anteriormente mencionados. El que se haya alcanzado el plazo para su cumplimiento sin que éste se efectuara, no posibilita el acudir a la resolución, «como si el cumplimiento de los contratos... estuvieran sometidos a las directrices de una prueba de velocidad», ya que si el cumplimiento contractual aún es posible, se va a preferir frente a dicha resolución. (STS de 7 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil «V.» realiza un contrato de compraventa con la sociedad anónima «F.» en documento privado, por el que vende una finca, cuyo precio será 500.000.000 de pesetas. Se pacta lo siguiente: 20.000.000 de pesetas son pagados en el momento de realización del contrato; los restantes 480.000.000 de pesetas se abonarán al otorgamiento de la escritura pública antes del 20 de diciembre, donde también se deberá señalar, por parte de la compradora, Notario y

persona a la que se le asigne el bien inmueble, ya que si llegado este plazo no se realiza lo pactado, la vendedora se quedará la cantidad adelantada en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Con ello, el 19 de diciembre, la sociedad compradora se persona ante Notario para que se le notifique, de manera personal y por correo certificado, a la parte vendedora, que se cumple con lo pactado. El 20 de diciembre comparece ante el mismo Notario la sociedad vendedora que, recordando la conclusión del plazo señalado, se acoge al artículo 1504, invocando la resolución del contrato por falta de pago, y estableciendo que la cantidad aportada por la sociedad compradora quedará en su poder en concepto de indemnización, tal como se pactó.

La sociedad compradora formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando, entre otros, la plena validez del contrato de compraventa, que es desestimada, al igual que en la Audiencia Provincial. Finalmente, el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante.

NOTA.—Es necesario destacar en la sentencia que nos ocupa dos puntos esenciales: en primer lugar, el plazo que se establece en la relación obligatoria no ha de ser considerado como un término esencial, en la medida en que el cumplimiento posterior de la obligación no va a frustrar el interés del acreedor; cabe un cumplimiento tardío del contrato, sin que con ello se lesione el fin contractual. Si el término establecido fuera esencial, nos encontraríamos ante una resolución automática, pero no ocurre así.

Por otro lado, la idea de que cualquier incumplimiento no puede ni debe acogerse a la medida resolutoria, se halla presente en la postura tomada por el Tribunal. Sin embargo, también deja entrever, dado el énfasis puesto a la voluntad cumplidora del contrato, la aceptación de una de las tres líneas que la jurisprudencia mantiene: de un lado, la que sostiene la máxima acatada en los años 40 y que exige la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por una de las partes; la que supone, de otro lado, una suavización de esta máxima, en la medida en que se llevaba a cabo una valoración judicial del comportamiento del demandado, y, por último, la que se centra en la objetivación del incumplimiento resolutorio, independientemente de la voluntad del demandado y basándose en la frustración del fin del contrato. Ante la crisis en la que se halla tal doctrina (exponiendo la máxima antes referida), algunas sentencias incluso llegan a hablar de «voluntad renuente» (STS de 4 de abril de 1991). En esta sentencia, el Tribunal parece adoptar una postura intermedia, ya que entremezcla la idea de voluntad deliberada y pertinaz de incumplimiento, como de frustración del fin del contrato. Se acoge, por tanto, no a la máxima referida, aunque tampoco a la objetivación completa de ésta, sino a una suavización, confundiendo ambas ideas. Lo que sí es cierto es que con ello, tal como lo muestra Díez-Picazo (voz «Resolución», en *Enciclopedia Jurídica* 1996), se tiende al principio de conservación del contrato, «en la medida en que éste es útil todavía para alcanzar los fines propuestos por las partes». (P. S. S.)

24. Acción de resolución de contrato de compraventa de inmuebles. El incumplimiento es cuestión fáctica en la que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia.—El incumplimiento contractual es cuestión fáctica, que no precisa de una actitud ostensiblemente rebelde, bastando que se desobedezcan, por acción u omisión, los términos del contrato (S de 5 de marzo de 1986), de manera que difícilmente puede prosperar un recurso que se limita a proponer un nuevo criterio o interpretación sin que varíe la base de hecho sentada en la instancia, precisamente por ser una cuestión de hecho, cuya impugnación o ataque no cabe realizar por el cauce o vía del número 5.º del artículo 1692 LEC (hoy núm. 4.º, después de la modificación introducida por la Ley 10/1992).

Para acoger la *exceptio non adimpleti contractus* es necesario que exista incumplimiento por la otra parte de sus obligaciones principales.—Para acoger la excepción *non adimpleti contractus* no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras y tampoco es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (SS de 7 de marzo de 1986 y 17 de marzo de 1987).

Complementariedad de los artículos 1124 y 1504 CC. Similitud de los requisitos de las acciones que ambos contienen.—Y, finalmente, si bien se viene proclamando (SS de 24 de junio y 31 de octubre de 1968, 3 de junio de 1970, 10 de noviembre de 1982 y 7 de marzo y 5 de mayo de 1983) que los artículos 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla, que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 consideró indispensables la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos el de que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, pues según la doctrina jurisprudencial no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones (SS de 16 de noviembre de 1956, 21 de enero y 9 de marzo de 1960, 19 de mayo de 1961, 17 de junio de 1969, 7 de febrero de 1984, 28 de noviembre de 1985, 2 y 13 de marzo de 1986 y 9 de octubre y 27 de noviembre de 1987).

La voluntad de incumplir puede manifestarse de modos diversos, sin que sea necesaria una voluntad «deliberadamente rebelde», no exigida por el artículo 1124 CC.—La voluntad de incumplir puede manifestarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 24 de enero y 4 de marzo de 1986), sin que se necesite una actitud dolosa, bastando que se frustren el contrato o las aspiraciones contrarias (S de 5 de junio de 1989), pues la voluntad «deliberadamente rebelde» no aparece ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1124, debiendo cohonestarse con los actos o conductas del deudor denotadores de incumplimiento (S de 18 de noviembre de 1983), de forma que, como hacen las SS de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 2 de junio y 20 de diciembre de 1989 y 24 de febrero de 1990, entre otras muchas, «la exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde por el comprador al cumplimiento de su obligación de pago del precio», se atenúa, en orden a la resolución de la compraventa, por la más acorde de que ha de patentizarse la exigencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de

lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución. (STS de 22 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras requerir repetidamente el pago de los plazos acordados a la compradora, la parte vendedora de varios inmuebles ejercita acción de resolución del contrato de compraventa, basándose en el incumplimiento de la compradora. El Juzgado de instancia acogió parcialmente la demanda y concedió a la demandada un plazo para efectuar el pago de lo adeudado junto a los intereses devengados. Apelada por ambas partes la sentencia, la Audiencia la revocó en lo concerniente al plazo y declaró resuelto el contrato con los efectos establecidos por el Juzgado de instancia. La parte compradora interpone el recurso de casación, alegando la *exceptio non adimpleti contractus*. (M. C. B.)

25. Manifestación de voluntad resolutoria en el requerimiento notarial: los efectos del artículo 1504 CC.—Esta sentencia reproduce la idea ya recogida en sentencias anteriores de que la voluntad resolutoria, a los efectos del citado precepto, se debe manifestar de forma indubitada, clara e inequívoca. «El requerimiento legalmente previsto ha de contener, inequívocamente, la declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato (26 de junio de 1978, 6 de febrero de 1979; 30 de marzo, 10 de abril y 23 de mayo de 1981, y 27 de mayo de 1985), circunstancias que, contrariamente a lo afirmado por la sentencia impugnada, no aparecen con la nitidez exigible dada su trascendencia, en el presente caso en el que (...) no resulta la notificación al deudor de tener por resuelto el contrato de compraventa a que se refiere, sino contrariamente un requerimiento de pago del resto de lo convenido, de modo que ni la carta por sí misma, en cuanto que al remitirse expresamente al “contrato resuelto por Acta de Conciliación” obliga a entrar en el examen de ésta, ni el contenido de la conciliación a que se contrae, permiten afirmar que contengan una rotunda declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, sino más bien dando pie —con manifestaciones que son, al menos, de opuesto sentido— a una interpretación equívoca de la voluntad del comprador (*sic*) incompatible con la forma indubitada clara y única, como tal voluntad resolutoria debe aparecer a los efectos del artículo 1.504 CC». (STS de 17 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por el vendedor demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre resolución de contrato de compraventa de inmueble e indemnización de daños y perjuicios, por impago de la totalidad del precio en el tiempo y cantidad convenidos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda evidenciando el impago de dicha cantidad y la voluntad de resolver la compraventa en la carta dirigida por conducto notarial por el actor-vendedor al demandado-comprador. Esta sentencia es confirmada en recurso de apelación ante la Audiencia. La parte compradora interpone recurso de casación alegando, entre otros motivos, la interpretación errónea del artículo 1504. El TS estima el recurso, dado que la tesis de la sentencia impugnada gravita sobre la existencia de un requerimiento resolutorio practicado por el vendedor al comprador moroso y tal requerimiento no existió en los términos que el precepto civil y la doctrina interpretadora exigen. (I. H. M.)

26. No se produce indefensión del demandado si el demandante no dispone de su nuevo domicilio.—Según tiene establecido la jurisprudencia no concurre indefensión si el demandante no dispone de otro domicilio acreditado de los demandados que el que se consignó en la demanda, pues no se pueden amparar las conductas de los litigantes, activas o pasivas, que emanan de su exclusiva voluntad, conveniencia y acomodo (STS de 30 de enero de 1993).

La citación para celebrar acto de conciliación produce los efectos del requerimiento resolutorio.—Como sostuvo la STS de 8 de mayo de 1982, estableciendo en la instancia que la citación a conciliación del comprador que debe parte del precio se realizó en forma legal, no puede invocarse que aquella conciliación no fuera el requerimiento del artículo 1504 CC, cuando la no asistencia a aquel acto no puede entenderse, sino como una manifestación más de la voluntad obstativa al cumplimiento, negándose a dar por recibidas las citaciones.

No es incompatible con la resolución el hecho de haberse girado letras después del requerimiento.—El segundo motivo acusa igualmente la infracción del artículo 1504 CC (1692-5.º LEC) a causa, según sostiene, de haberse seguido girando después del requerimiento letras, representativas del precio al cobro, hecho que supondría mal realizada la opción que el referido precepto confiere en cuanto al cumplimiento e incumplimiento y la incompatibilidad de la solución elegida con la otra. Mas tal evento no sucede como contradicción de la voluntad manifestada por el vendedor, sino como es usual en el tráfico mercantil, por la dificultad de retirar las cambiarles ya puestas en circulación a la fecha del requerimiento. Con todo, los compradores no satisficieron dichas letras. Por ende, el motivo decae.

La penuria económica del comprador no enerva la eficacia de la resolución.—No cabe alegar como causa enervatoria de la eficacia del precepto la penuria económica por la que atravesaba la demandada como consecuencia de la separación judicial llevada a cabo con su marido. (STS de 27 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS declaró bien hecho el requerimiento resolutorio de una compraventa de inmuebles, efectuado por el vendedor al solicitar la celebración de un acto de conciliación con los compradores, sin que impidan ese efecto que el marido demandado ya no viviera en el domicilio señalado en la demanda, que se hubieran girado nuevas letras después de la resolución, o que la esposa demandada tuviera una situación de penuria económica. (L. F. R. S.)

27. Permuta. Aplicación de las normas de la compraventa. Referencia expresa a la aplicabilidad del artículo 1504 CC.—Señala la S, que si bien es cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato (arts. 1538 a 1541 CC), hay que entender que dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior al de compraventa, tal aplicación de las normas de ésta lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta. En este sentido, establece que «al no existir precio en la permuta, no son aplicables las normas reguladoras del precio de la compraventa, pues en aquella no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además, y por

lo mismo, no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador». A esto añade que «tampoco son aplicables a la permuta los preceptos sobre la compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el artículo 1504, que estricta y expresamente se refiere sólamete a “la venta de bienes inmuebles” y a la falta de pago del precio (inexistente en la permuta), no sea aplicable a este último contrato». Concluye, en este sentido, señalando que «el criterio expuesto excluye, por lo tanto, aplicar a la permuta el requerimiento de resolución que el artículo 1504 exige para la venta de bienes inmuebles, cuestión discutida por la doctrina científica; pero que se estima que debe seguirse en el caso ahora discutido ante la inexistencia de pacto alguno en el contrato sobre aplicación del artículo 1504 a la permuta debatida, único supuesto con el consiguiente pacto comisorio, aquí no concurrente, en que podría seguirse la necesidad del referido requerimiento de resolución».

Imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación.—«Ni en la demanda ni en la contestación, ni se discutió en ninguna de las instancias la aplicación del mencionado artículo 1504, por lo que traer, como hace el recurso, a este trámite casacional el problema de su aplicación al contrato de permuta litigioso constituye evidentemente una cuestión nueva, no susceptible de ser discutida ahora por primera vez, por implicar, aparte de la indefensión de la parte recurrida sobre ese punto, que nada pudo probar al respecto, una alteración de la *causa petendi*».

El artículo 1124 CC. La causa del incumplimiento.—Se adhiere la sentencia a la reiterada jurisprudencia (SS de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 24 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1991, 22 de marzo de 1993 y otras), en virtud de la cual la causa del incumplimiento no es necesario que sea una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del obligado, sino que «es suficiente que se patentice la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que, por su trascendencia, pueda justificar la resolución por frustrar las legítimas esperanzas de la otra parte contratante». (STS de 31 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don B. A. P. y su esposa doña María P. P. P. formulan demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la Sociedad Mercantil Constructora «Masajor, S. A.», solicitando se declare la resolución de un contrato de permuta suscrito entre las partes en documento privado el 1 de enero de 1988, condenando a la entidad demandada, en la persona de su representante legal, don M. V. G. A., a pagar a los actores la cantidad de 9.510.000 pesetas que se les adeuda hasta el 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de dejar para la ejecución de las sentencias las cantidades que resultasen adeudadas por aplicación de lo acordado entre las partes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando resuelto el contrato de permuta suscrito entre ambas partes y condenando a la Constructora demandada a abonar a los actores la cantidad de 4.250.000 pesetas, sin perjuicio de las que se continúen devengando. Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de apelación, el cual es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Las Palmas, confirmando la sentencia apelada en cuanto declaró resuelto el referido contrato de permuta y condenando a la demandada a

restituir a los demandantes la posesión inmediata de la vivienda y solar entregados por los actores en permuta al demandado y a indemnizarles de los daños y abono de intereses que el cumplimiento haya ocasionado a los mismos, procediéndose, en trámite de ejecución de sentencia, a la estimación de aquellos daños. La Constructora «Masajor, S. A.», formaliza recurso de casación, el cual es desestimado. (O. M. B.)

28. Promesa bilateral aceptada de donar inmuebles y muebles: calificación del contrato: doctrina general sobre el precontrato.—La doctrina científica viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiéndose que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar, en un momento posterior, un nuevo contrato, siendo esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia una obligación de hacer, o, más concretamente, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad, que es acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios. La otra posición doctrinal más moderna entiende que el precontrato es ya un contrato completo, y que al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar en un momento posterior; se afirma por los defensores de esta teoría que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero un germen o síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro; en esta línea parece orientarse la S de 13 de diciembre de 1989, en la que se llega a la conclusión de que en el cumplimiento forzoso del precontrato puede sustituirse la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiéndose el derecho a la indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir.

Necesidad de diferenciar la naturaleza de los bienes para establecer la validez del contrato litigioso.—Para determinar la validez del contrato privado de 16 de agosto de 1987 por el que se ceden bienes inmuebles o muebles es necesario diferenciarlo en razón al objeto, dados los distintos requisitos que el CC establece para la donación de unos y otros.

Interpretación de la voluntad de los contratantes.—Debe rechazarse la tesis del recurrente de estar en presencia de un precontrato o contrato preparatorio de una donación futura, pues del tenor literal del mismo no se deduce la voluntad de celebrar otro segundo contrato, pues los verbos se emplean en tiempo de presente, sin que ello se desvirtúe por la frase «y tan pronto podamos los haremos por escritura ante Notario», en la que se revela única finalidad de cumplir un requisito de forma, probablemente por ignorar que se trataba de un requisito constitutivo.

Donación de inmuebles: escritura pública.—A tenor del artículo 633 CC, mientras no se dé cumplimiento a la forma no hay contrato, y las partes no quedan obligadas por el solo hecho de que haya mediado el consentimiento no formal; si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma, el

contrato es nulo o inexistente; y si a efectos dialécticos se acepta la pretendida calificación jurídica como precontrato, hay que concluir que, o la promesa bilateral de donar inmuebles ya es en sí misma una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación, ya que la simple promesa de realizar en el futuro una donación de inmuebles, no es admisible en nuestro Derecho.

Donación de muebles: forma.—El artículo 632 CC exige la formalidad escrita (documento privado) junto a la aceptación escrita, o bien la entrega simultánea cuando se hace verbalmente, siendo aplicable el párrafo 1.º del artículo 633 en cuanto exige la descripción de los bienes donados, como elemento determinante de aquellos que se donan, pues, en otro caso, no valdría la donación por indeterminación del objeto, y esto aunque no existiera el citado párrafo. En el presente caso, con relación a una finca, se dice «con todo mobiliario y bienes y ganado dentro», lo que obliga a reconocer que la designación del objeto se hizo de una manera y con un concepto típicamente genérico, que en alguno de sus términos llega a ser totalmente indeterminado, como cuando se habla de «bienes» sin más concreción; por otra parte, el mobiliario situado dentro de la finca está comprendido en el número 5 del artículo 334 CC, y tiene la naturaleza de inmueble por destino, a cuya donación se aplica el régimen de los inmuebles; la referencia hecha al «ganado» más que genérica resulta indeterminada, pues no se desprende ni la clase ni el número de cabezas, todo lo cual resulta indeterminado y posiblemente indeterminable.

Inexistencia de las cesiones gratuitas de inmuebles y muebles.—Hay que concluir que las cesiones de bienes que se plasmaron en el documento privado de 16 de agosto de 1987, carecen de eficacia y procede declararlas inexistentes dado la esencia de los requisitos establecidos en la Ley.

Defectos formales del recurso.—El presente recurso se articula a través de un solo motivo en el que se denuncian infringidos hasta un total de diez artículos CC, infringiendo la doctrina de esta Sala que exige el tratamiento separado de cada una de las infracciones que se denuncian. (STS de 23 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Ajustada S, de la que ha sido Ponente Burgos Pérez de Andrade, y cuya mejor comprensión requiere la transcripción del documento privado de 16 de agosto de 1987, que contiene los hechos básicos que sirven de fundamento a la demanda, y que fue desestimada sustancialmente en ambas instancias. Dice así: «Reunidos en este día doña M. J. G. B. y doña J. M. P., mayores de edad, vecinas de Cilleros, ceden a F. C. A., mayor de edad, casado con F. D. H., vecino de Cilleros, todos los derechos y participaciones que nos correspondan en el piso situado en Madrid, calle Bravo Murillo 174; en la casa situada en Cilleros, calle Generalísimo, 10, con patio y jardín y huerto unidos, y junto con cualquier participación en los mismos que nos corresponda, y también las fincas conocidas como Vega de Melao, también en Cilleros, con todo mobiliario y bienes y ganados dentro; también cedemos los regadíos conocidos por las Vegas Comillas, en Cilleros; todos los bienes fueron heredados con anterioridad; *esta cesión se la hacemos en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de don Florentino y su esposa*, y que tan pronto podamos las haremos en

Escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero; ésta es nuestra voluntad, que don Florentino agradece y firma junto con nosotros».

Doña J. G. B. fallece al mes siguiente bajo testamento abierto otorgado en 1983, en el que designa herederos universales a doña Josefa y a don José Luis.

Doña J. M. P. fallece en febrero de 1989 sin haber otorgado testamento, por lo cual se instó la declaración de heredera *ab intestato* en favor de otra persona.

No consta si las *donantes* disponían de otros bienes a su muerte. La demanda se interpone contra la heredera *ab intestato* de J. M. P. y contra uno de los herederos testamentarios de M. J. G. B., y sólo se estima en cuanto a la devolución de un préstamo. El recurso de casación también se destina con base en la extractada doctrina.

En términos generales, la argumentación de la S resulta impecable, recogiendo la *communis opinio* sobre los requisitos formales de la donación. Puede consultarse Albaladejo: *Comentario Ministerio Justicia*, I (Madrid, 1991), p. 1602 ss. El desarrollo argumental es lógico y coherente partiendo del planteamiento del actor que, en todo momento, ha pretendido la existencia de un precontrato de donación, inexorablemente destinado a fracasar como hasta la saciedad demuestra la STS. Con todo, surge la duda de si la calificación del contrato ha sido acertada, ya que del contrato transcrito se deduce la *prestación de servicios y asistencias* de modo duradero y continuado, como lo corrobora la prestación estimada de devolución de un préstamo. ¿No cabría pensar en la existencia de una modalidad de contrato vitalicio, atípico aunque jurisprudencialmente tipificado, lo que cambia el carácter de la atribución patrimonial, de gratuita a onerosa? Estaríamos en presencia de un planteamiento inadecuado del pleito, que acaso hubiera podido obviarse por la S.

Marginalmente la S transluce la desconfianza e *inimicitia* clásicas hacia la donación. Por ejemplo, la indeterminación de las cosas muebles donadas no parece tan evidente al hacerse constar que todos los bienes se adquirieron *mortis causa*, lo que puede implicar una determinación *per relationem*. (G. G. C.)

29. Vicios ruínógenos. Responsabilidad del contratista. Requisitos para su excusión.—Se corrobora lo mantenido por las SS de 8 de febrero de 1994 («el contratista, como profesional que es [...], debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra, [...] sin que pueda] escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues, de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el art. 1591») y de 22 de septiembre de 1986 («el constructor, por su carácter de técnico, debió o no realizar la obra, no aceptarla, o bien advertir de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada»).

Irregularidad procesal debida a los órganos judiciales. Requisito para que produzca indefensión.—«No toda infracción o irregularidad procesal debida a los órganos jurisdiccionales provoca [...] la indefensión a que se refiere el artículo 24 CE, lo que se traduce en la necesidad de que por la parte que estime

que tales infracciones la han puesto en situación de indefensión se acredite que ha agotado los recursos o remedios que para corregirla concede la Ley». (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil «C. T, S. A.» demanda por vicios de la construcción, entre otros, a la constructora «C. M., S. A.», y al Aparejador, don J. P. R., que resultan condenados solidariamente, siendo absueltos en la instancia los también demandados «GdE, S. A.» y el Arquitecto don J. C. V. La Audiencia confirma la sentencia apelada, frente a lo que recurre la constructora en casación, basando la misma, por lo que a cuestiones formales respecta, en no haber sido en su día debidamente notificada de la demanda. En efecto, se incorpora al procedimiento en la comparecencia del 691 LEC, promoviendo seis días después incidente de nulidad de actuaciones que le es desestimado y que la constructora no recurre. (L. F. L.)

30. Reclamación de precio en contrato de ejecución de obra con suministro de material.—Como declara el TS, en el contrato de arrendamiento de obra del 1544 CC que supone la obligación de ejecución de una obra por un precio cierto, el precio no es necesario que sea determinado de antemano, pues son válidas las ejecuciones de obras en la Administración, en las que el precio se fija posteriormente en relación con los trabajos y materiales empleados, como también resulta precio cierto cuando pueda inferirse de una tasación pericial. Es de encaje legal que el mismo contrato de obra se haga conviniendo la entrega del trabajo del que lo presta o añadiendo, además, el ejecutor el suministro del necesario material (art. 1588 CC), en cuyo caso supondría, como establece el Alto Tribunal, un negocio mixto, en el que confluye la normativa del contrato de compraventa y del contrato de obra.

Existente entre las partes un contrato verbal de ejecución de obra con suministro de material, probado a través de los hechos y documentos obrantes en autos y no de presunciones legales, con lo que no hay cabida a una infracción del artículo 1.249 CC, y cumplida la obligación de ejecución de obra con aportación de materiales se genera una obligación para la otra parte que supone el pago de las cantidades derivadas de la efectividad de los trabajos y las aportaciones materiales, sin que exista causa que exonere de la obligación del pago. Razón que justifica la condena por la Sala a la parte deudora del pago de la cantidad correspondiente al precio de las obras realizadas y los suministros aportados.

No se podrá considerar, según la pronunciación de la sentencia y en base a los documentos probatorios una vez realizada la obra, la relación jurídica existente entre las partes, como de mandato del artículo 1709 CC, ni representación, ni mandato representativo, que hay que proyectarla hacia el exterior, teniendo en cuenta de que no se aporta prueba sobre poder alguno, ni mandato tácito del artículo 1710 CC que en cualquier caso necesita de la convergencia de las voluntades de los interesados.

La tacha sin prueba no impide al Juez valorar las declaraciones de los testigos tachados.—Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal que la tacha de un testigo no impide la valoración discrecional por el Tribunal de la prueba testifical (STS de 6 de octubre de 1994 que cita las de 17 de mayo de 1974 y 30 de julio de 1980, 6 de mayo de 1983, 3 de diciembre de 1984 y 10 de noviembre de 1989), siendo totalmente diferente a cuando se produce una inhabilidad del testigo (arts. 1246 y 1247 CC). A mayor abundamiento se puede decir que no se

puede censurar la valoración discrecional por el tribunal de un testigo acusado de tacha, en cuanto que propuesta la tacha de un determinado testigo de no cumplirse el trámite de la aportación de pruebas por las partes del artículo 662 LEC, supone, según la disposición del artículo 664, la unión de la misma a autos para la valoración en su momento. Teniendo en cuenta que la tacha es, además, una prueba de consideración circunstancial, se valorará la misma así como la declaración testifical por el Tribunal y siempre en conjunto con el resto de elementos. Por lo que nos conduce a concluir que propuesta la tachas sin su correspondiente prueba no supone una ineficacia probatoria.

El principio de *in iliquidis non fit mora*.—El Tribunal admite en la sentencia que aunque no coincida la cantidad obligada a satisfacer a la parte recurrente con el *petitium* de la demanda esto no supone la no generación de intereses en cuanto que sea considerada como cantidad indeterminada. El principio de *in illiquis non fit mora* tiene para el Supremo una aplicación menos rígida, flexibilizando así la línea mantenida. De esta forma el que no exista coincidencia entre la cantidad demandada y la otorgada en la sentencia no debe suponer una negativa a la mora y a la entrega de intereses. Porque, como afirma la sentencia, «el acreedor no con el detrimento patrimonial de no reconocerle los intereses correspondientes respecto a aquellas cantidades que integraban su haber como debidas y acreditadas» ... «esto conduce a fijar los correspondientes intereses en relación al momento procesal de decisión-fallo que lo establezca como generantes de la deuda; lo que no es el caso de autos». (STS de 17 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, la mercantil «Feran S. A.», formuló demanda suplicando que se dictara sentencia que condene al demandado al pago de la cantidad de 6.060.586 pesetas, más intereses desde la demanda y condena en costas, por unas obras realizadas al demandado H. V. V. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condena al pago de 4.848.630 pesetas, más los intereses de la demanda y sin costas. Las partes ante la sentencia interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que resuelve desestimando el interpuesto por la parte demandada y estimando el de la parte demandante, que supone la revocación de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia y obligando a pagar al demandado la cantidad de 5.865.976 pesetas, más el interés legal desde la demanda y sin la condena en costas. No prospera el recurso de casación interpuesto por el demandado H. V. V. (E. M. O.)

31. Arrendamiento de local de negocio. Obras de adaptación: naturaleza y autorización de las mismas.—Las obras de adaptación son las que responden a las exigencias de adecuar el local a las necesidades para lo que se arrienda, causa y fin de la *locatio* que pervive al contrato y justifica su *implícita autorización* por el arrendador. En todo caso, han de referirse al tiempo de la puesta en marcha del negocio, sin que se entienda indefinida la facultad del arrendatario para la realización de las mismas, puesto que ello supondría una lesión de las facultades dominicales. Estas obras de acondicionamiento, por su naturaleza y finalidad, son objeto de interpretación laxa por la jurisprudencia.

Resolución del contrato de arrendamiento. Artículo 114.7 LAU: realización de obras que alteren la configuración del local sin el consentimiento del arrendador.—La razón legal que inspira esta causa de resolución consiste en la obligación que tiene el arrendatario de mantener y devolver la cosa arrendada en

el estado en que la recibió, conforme al artículo 1561 CC, que funciona como norma general en la *locatio rei* o en la *locatio conductio*. Es doctrina reiterada del TS que la interpretación de todas las causas del artículo 114 LAU 1964 ha de ser restrictiva de tal manera que sólo aquellas obras que por su entidad modifiquen la configuración legítima la resolución de la relación arrendaticia. Sin embargo, entiende el TS que la configuración de un local es un concepto abstracto y general por lo que en cada caso concreto habrá de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para apreciar si se ha alterado el espacio comprendido en el local arrendado, bien sea procediendo a su incremento o disminución o provocando una variación sustancial en su distribución (SS de 11 de enero de 1954 y 29 de mayo y 30 de septiembre de 1964).

Obras que afectan a elementos comunes.—Las obras que afecten a dichos elementos no son subsumibles en el artículo 114.7 LAU, puesto que los mismos están excluidos del vínculo arrendaticio y el objeto del arrendamiento es exclusivamente la superficie situada dentro de las paredes del local. En el supuesto que nos ocupa entiende el Alto Tribunal que la supresión de una pared de cerramiento del local arrendado para comunicarlo con un patio interior es una obra que afecta al espacio constitutivo del local arrendado. (STS de 10 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades «P., S. A.», y «D., S. A.», concertaron, en fecha de 22 de mayo de 1985, un contrato de arrendamiento de local de negocio en el cual se recogía la autorización a la entidad «D., S. A.», arrendataria, para llevar a cabo en el local las obras de adaptación que estimara convenientes, así como una bonificación de 25.000 pesetas mensuales que compensaba en la renta el importe de todas las obras de adaptación que se realizaran.

Inmediatamente después de la celebración del contrato se procede por la entidad arrendataria a la supresión de un tabique de cierre del local que daba a un patio comunal cubriéndolo a nivel de la planta de entresuelo y anexionándolo al local. Transcurridos cinco años desde la finalización de las obras, la entidad arrendadora ejercita la acción resolutoria del contrato de arrendamiento al amparo del artículo 114.7 LAU por la realización de obras no autorizadas y alteración de la configuración del local. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara no haber lugar a la resolución. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia se declara la resolución del contrato. El TS deja sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial y declara no haber lugar a la resolución del contrato.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa, el TS se centra en fundamentar el carácter de las obras de adaptación como obras implícitamente autorizadas por la entidad arrendadora y, además, realizadas con proximidad temporal a la celebración del contrato. Sin embargo, no profundiza tanto en el problema de la configuración del local, la cual no entiende alterada con la incorporación al mismo de un patio interior «de escasos cinco metros cuadrados», cuando incluso entiende que el lugar exacto de las obras, el tabique derrumbado, está dentro del perímetro del local arrendado.

Influye en la estimación del recurso por el TS la tardanza en la reclamación de la resolución del contrato de arrendamiento, puesto que,

si bien nos encontramos ante un plazo general de prescripción de quince años, la entidad arrendadora, teniendo constancia de la realización de las obras por la bonificación pactada en la renta en el contrato, dejó transcurrir cinco años desde la finalización de las mismas. (R. D. O.)

32. Contrato de *leasing* financiero. Anulación de condiciones generales de acuerdo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.—La vulneración de la LGDCU por dos condiciones generales de un contrato de *leasing* financiero, una que prevé la subrogación del arrendatario en los derechos que el arrendador tuviese contra el suministrador del bien objeto del *leasing* y otra que declara cumplidas ya todas las obligaciones derivadas del contrato por el hecho de su suscripción, tiene, como consecuencia, de acuerdo con lo previsto en su artículo 10, la nulidad de las mismas, sin que pueda aplicarse en este supuesto la excepción que generaliza la declaración de nulidad de todo el contrato. (STS de 13 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «Turismo y Deporte, S. A.», celebró un contrato de *leasing* financiero con «Uninter Leasing, S. A.», cuyo objeto era una central telefónica. «Turismo y Deporte, S. A.», demandó a «Uninter Leasing, S. A.», solicitando la anulación de todas las condiciones generales del contrato o, subsidiariamente, algunas de ellas. Con carácter alternativo pidió la resolución del contrato. En ambos casos solicitó también la retirada de los bienes a costa de la demandada y el pago por ésta de 1.685.943 pesetas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su totalidad. La Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia, declarando la nulidad de determinadas cláusulas de las condiciones generales del contrato y la validez del resto. La actora interpuso recurso de casación, que es rechazado por el TS.

NOTA.—El mayor interés que plantea esta sentencia radica en que afirma la aplicación de la LGDCU de 19 de julio de 1984 (concretamente, el art. 10), relativo al control del contenido de las condiciones generales de la contratación, al *leasing* o arrendamiento financiero, y de acuerdo con el artículo 10.4 declara la nulidad de dos cláusulas.

Como ya he puesto de relieve [Cabanillas: «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de junio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», ADC, 1991, pp. 994 ss.], la solución del problema del control de las condiciones generales en el *leasing* o arrendamiento financiero podría encontrarse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al *leasing* o arrendamiento financiero, al no actuar el usuario (arrendatario) como «destinatario final» en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la misma.

La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, imposibilita prácticamente que las operaciones de *leasing* o arrendamiento financiero sean llevadas a cabo por sociedades que no acomoden su actividad a lo prescrito en la misma, y solamente se aplica, como se infiere de la disposición adicional séptima, cuando los bienes objeto de cesión queden únicamente afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesana-

les, de servicios o profesionales. Esta disposición no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Desde luego, resulta muy discutible considerar aplicable la LGDCU por analogía al *leasing* o arrendamiento financiero, ya que exige ineludiblemente que el usuario o consumidor sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de la contratación que configura el Derecho común (sobre estos criterios, De Castro: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, pp. 295 ss., y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 1055 ss.; Cabanillas: «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, pp. 41 ss.).

Creo que el adecuado control del contenido de las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero sólo se producirá satisfactoriamente en nuestro Derecho cuando se promulgue, al fin, la tan esperada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, presumiblemente en la presente legislatura, que establecerá, siguiendo el modelo introducido por la Ley alemana para la regulación de las condiciones generales de los negocios de 1976 (*AGB-Gesetz*) y la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, un eficaz control del contenido de las condiciones generales de la contratación. (A. C. S.)

33. Concurrencia de causas que no interrumpe el nexo causal.—La conducta de la víctima constituye una concausa que no rompe el nexo causal ni absorbe la del conservador del aparato o la de los propietarios, todos los cuales omitieron normas de prevención que debieran haber adoptado, al consistir la culpa en no prever lo que pudo y debió ser previsto, sin exigencia de una ignorancia inexcusable o con omisión de la más vulgar experiencia, ya que entonces estaríamos en la culpa o negligencia temeraria, tratándose aquí no de tal acusación sino de una concurrencia de responsabilidades y de que no hubo «culpa exclusiva de la víctima», que es lo único que podría romper el nexo causal.

Responsabilidad del conservador de ascensores.—Aunque don José Luis Abril no sea el fabricante o distribuidor de los aparatos elevadores, su responsabilidad deriva de su carácter contractual de conservador, pues no se le contrata para que conserve lo que está en mal estado, sino para que lo corrija o advierta a la propiedad de que es necesaria la corrección, de manera que si no lo hace falta a las exigencias de su trabajo y ha de responder de lo que pudo y debió prever, con la posibilidad del accidente.

Solidaridad de los responsables del hecho ilícito.—El motivo ha de ser desestimado al ser ya consolidada la jurisprudencia de que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualesquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1144 CC (SS, por ejemplo, de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982 y 21 de octubre de 1988), bien como una excepción a lo previs-

to en los artículos 1137 y siguientes, ya por entender que el resultado dañoso sería íntegramente imputable a cada una de las conductas ilícitas de los varios copartícipes, o porque así resultaría de redactarse el artículo 1902 en plural o, en fin, porque la idea básica de la solidaridad radica en facilitar la reparación del daño causado en beneficio de la víctima del ilícito, lo que surge igualmente de la confrontación con el Código Penal, que impone la solidaridad entre los autores. Esta solidaridad del artículo 1902 no es, pues, impropia, sino que nace del mismo precepto y, consiguientemente, la Audiencia procedió conforme a derecho al declararla, pues la causación es única (una vez deslindada la culpa de la víctima). (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora sufrió graves lesiones al precipitarse por el hueco de un ascensor al intentar salir después de haberse quedado encerrada y manipular el mecanismo existente en la parte inferior del camarín. La Audiencia Provincial apreció concurrencia de causas y condenó a indemnizar a los propietarios del edificio, al encargado del mantenimiento del ascensor y a su compañía aseguradora, distribuyendo la responsabilidad en vía interna. El TS ratificó esta decisión. (L. F. R. S.)

34. Accidente laboral: compatibilidad de indemnización civil.—En el supuesto de la sentencia supone la creación de un riesgo (trabajar en ambiente contaminado) y contemplaba un accidente laboral, manteniendo la compatibilidad de los procedimientos y de las responsabilidades, lo que nos lleva de la mano a la impugnada incompatibilidad; pero la jurisprudencia ha declarado que la compatibilidad de responsabilidades no se excluyen, sino que, por el contrario, las reglamentaciones laborales especiales vienen explícitamente reconociendo la vigencia en estos casos de los artículos 1902 y 1903 CC, expresando la S de 8 de octubre de 1984 que la jurisdicción ordinaria civil no viene vinculada a la laboral, siendo, por tanto, independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los preceptos civiles, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a relación de trabajo, declarando, asimismo, la S de 5 de enero de 1982 al expresar que son completamente compatibles ambas responsabilidades, como se deduce del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo.

Muerte por explosión en horno de fundición: responsabilidad por riesgo.—La explosión acontece cuando al iniciarse el tercer insuflado, y producirse un nuevo hervido de la masa, se desprende de las paredes de la cuba chatarra que había quedado adherida y que, al introducirse bruscamente en el acero fundido del baño, origina una descarburación anormalmente violenta e instantánea, por combustión del carbono de la propia chatarra con el oxígeno libre del acero fundido, más el aportado por la inyección. Al producirse la explosión, la víctima se encuentra en traje de calle, a 5 metros de la puerta del horno, sin protección alguna, atendiendo a la llave de paso de la tubería de conducción de oxígeno, que había abierto previamente, siendo alcanzado de lleno por las proyecciones de acero y lengua de aire caliente, sufriendo quemaduras de diversa intensidad en el 100 por 100 de su cuerpo, que determinaron su fallecimiento a las pocas horas de ser ingresado. Con posterioridad al accidente la empresa llevó a cabo diversas obras para incrementar las garantías de seguridad en el trabajo.

La S de la Audiencia concluye que, aun no siendo reglamentariamente exigibles, la empresa no tenía adoptadas las medidas máximas completas y aconsejables para evitar accidentes como el ocurrido; y siendo la previsibilidad la esencia

de la culpa extracontractual, el acaecimiento demuestra que faltaba algo por cumplir, siendo la diligencia adoptada incompleta, que se corroboraba por el hecho de la realización de obras de precaución *a posteriori*; lo que impide la apreciación de caso fortuito, pues el accidente deriva de la explotación empresarial de la industria y riesgos inherentes a la misma, al manifestarse una actitud negligente en la falta de medidas de seguridad, existiendo, entre la omisión culposa y el resultado dañoso, una relación directa, sin interferencia de posibles conductas o eventos ajenos a aquella y, desde luego, sin haber mediado o interferido acción negligente por parte de la víctima.

Relación de causalidad.—Con base en la S de 26 (ó 27) de octubre de 1990, alega el recurrente que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararla, sin que esta necesidad pueda quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. Pero este motivo debe rechazarse, pues sigue rigiendo el principio culpabilístico, siquiera atenuado y no constituido en la única *ratio* de la responsabilidad, cuando no se prueba la interferencia de voluntad extraña que rompa de modo total el nexo entre la acción u omisión y el daño, de forma y manera que ha de responderse incluso cuando las cautelas omitidas hubiesen podido producir simplemente una minoración del daño; por ello ha de estarse aclaratorio de S de 7 de marzo de 1994, en cuanto señala que el concepto moderno de culpa no consiste sólomente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica, y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino también en su desarrollo, se entiende existen conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o la conducta por ser contraria a valores jurídicos exteriorizados, es decir, una conducta socialmente reprobada, entendiéndose que el nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa responde a exigencias de nuestro tiempo, aunque no suele ir ausente de toda voluntariedad (culpabilidad) respecto del hecho, con lo que se impide caer en la responsabilidad por el mero resultado. (STS de 5 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—S plenamente de aprobar (Pte. Fernández Cid de Temes), pues parece clara la existencia de una negligencia de la empresa, por lo cual debe considerarse *obiter* otras argumentaciones. Unas de las razones —no confesadas— de la compatibilidad creo que radica en la escasa cuantía de las indemnizaciones laborales. Pero si la S civil firme se dicta a los once años de la muerte, ¿no hay una justicia extemporánea? (G. G. C.)

35. Accidente laboral. Responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad.—Según la Sala sentenciadora, ni el Tribunal *a quo*, ni el Juez de instancia con anterioridad, han desconocido los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo en orden a una acertada y correcta aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC: acción u omisión culposa o negligente, bien propia y personal, bien de aquellas personas de quienes se debe responder, resultado dañoso efectivo y concreto y relación de causalidad entre uno y otro, y, precisamente, se han atendido a los mismos para exigir e imponer la responsabili-

dad indemnizatoria que declararon, con fundamento en la ausencia de una determinada medida de seguridad, a saber, la protección exterior del andamio o terraza en que se encontraba trabajando el accidentado.

De este modo, el Tribunal concluye que, «indudablemente la conducta omisiva respecto de esa medida de seguridad correspondía al empresario, ya por vía personal y directa, ya por tener que responder de la persona a la que, dentro de la obra, correspondiese su adopción material, y no cabe ignorar las posibles consecuencias a derivar de esa falta concreta de protección, entre ellas, como más elemental, la previsión de una caída al vacío por inexistencia de apoyo o sujeción, fuese cual fuese la razón determinante de la misma, lo que veda tener en cuenta en el caso de autos el mecanismo prevenido en el artículo 1105 del Código».

Inexistencia de incongruencia. La estimación parcial de la demanda significa una desestimación de la falta de legitimación invocada. Las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes.—Entiende el Tribunal que la circunstancia de que la desestimación de la falta de legitimación invocada sea implícita no ocasiona infracción alguna a las prescripciones cuya observancia exige el artículo 359 LEC.

A mayor abundamiento, recoge la Sentencia la reiterada doctrina de la Sala, en virtud de la cual, «en términos generales, las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito», y en el caso de los autos, aquella estimación vino a ser equiparable desde el plano de la pretensión de la excepción articulada por el demandado, a una sentencia absolutoria en favor del contrario. (STS de 20 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ángel V. M. y su esposa doña María del Carmen C. M. promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan M. S., sobre reclamación de cantidad de 6.000.000 de pesetas e intereses legales, por el concepto de daños y perjuicios como consecuencia del fallecimiento de su hijo, acaecido con ocasión de encontrarse trabajando, con categoría de peón, para la empresa del demandado, en una obra en construcción, al caerse al suelo desde un andamio.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca estimó parcialmente la demanda, condenando a don Juan M. S. a que abonase a los actores la cantidad de 4.000.000 de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones. Esta S fue confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid siendo esta segunda sentencia recurrida en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (O. M. B.)

36. Accidente de trabajo. Compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. Competencia de la jurisdicción civil.—Es muy notoria y reiterada la consolidada doctrina jurisprudencial que, con apoyo en las disposiciones en vigor, sostiene respecto de la responsabilidad y sus respectivos títulos legales la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. Como explica, entre otras, la STS de 4 de junio de 1993, la jurisprudencia ha reiterado la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903, regulares de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene admitiendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legisla-

ción laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SSTS de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, y 7 de mayo y 8 de octubre de 1984), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC), que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley; así lo declara el artículo 97.3 y reitera tal compatibilidad el artículo 93.9, ambos de la Ley de Seguridad Social (STS de 2 de enero de 1991). Los argumentos que anteceden obligan a la estimación del motivo y establecer que corresponde a este orden jurisdiccional el conocimiento del asunto.

Responsabilidad solidaria.—La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que en caso de pluralidad de responsables del ilícito culposo extracontractual, como causa única o derivada del mismo hecho, son todos ellos solidariamente responsables frente al perjudicado (SS de 3 de abril de 1987, 12 de mayo de 1988 y 15 de marzo de 1993).

Responsabilidad cuasi objetiva.—Según la doctrina de esta Sala la culpa extracontractual (art. 1902 CC) consiste no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto de las personas, tiempo, modo y lugar, habiendo por ello evolucionado la doctrina hacia un sistema, que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de ponerse a cargo de quienes obtienen provecho la indemnización del quebranto sufrido por el sujeto, máxime cuando éste no ha podido tener la previsibilidad de un acontecimiento que está fuera del ámbito del conocimiento ordinario. (STS de 21 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor sufrió un accidente, con graves quemaduras y secuelas importantes, cuando trabajaba como peón agrícola a causa de una descarga eléctrica producida al contactar con el tendido eléctrico transportador de fluido de alto voltaje, base de la reclamación de culpa extracontractual, dirigida contra el empresario agrícola y la Compañía suministradora de energía eléctrica.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda en la que el actor solicitaba que los demandados fueran condenados a abonar la cantidad de diez millones de pesetas, con el fundamento mantenido por la sentencia recurrida de que no es la jurisdicción civil la adecuada, pues mientras el trabajador se encuentra bajo la dependencia laboral, cabe afirmar que todo daño o accidente producido lo es con ocasión de su relación laboral, por lo que se deduce que son los órganos de la jurisdicción social los que deben conocer, razón que conduce a la apreciación de oficio de la incompetencia de jurisdicción del artículo 533.1.º LEC.

El TS acogió el recurso de casación interpuesto por el actor, considerando competente la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de los demandados.

NOTA.—Esta STS tiene particular interés, porque se plantea con claridad el controvertido problema de la competencia jurisdiccional cuando tiene lugar un accidente de trabajo, tan frecuentes en la realidad social, siendo claramente discrepantes la posición de la Audiencia Provincial de Huelva, favorable a la competencia de la jurisdicción social, ya que el accidente se produjo con ocasión de la relación laboral, y la del TS, que sigue la reiterada doctrina de la Sala Primera del TS que admite en tal caso la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sin perjuicio de las prestaciones de carácter laboral que nacen de la relación de la Seguridad Social, cuya compatibilidad se infiere de la propia Ley General de la Seguridad Social, por lo que es competente la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad del empresario de índole extracontractual.

Diversas sentencias de la Sala Cuarta del TS consideran que la acción de responsabilidad que por falta de medidas de prevención puede utilizar el trabajador contra el empresario es de naturaleza contractual y la competencia para conocer de la misma es de la jurisdicción social de acuerdo con los artículos 9.5 LOPJ y 2 a) LPL (SS de 6 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1990, 25 de noviembre de 1991, 24 de mayo y 27 de junio de 1994 y 3 de mayo de 1995 y Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994). Esta tesis es defendida por la doctrina laboralista (cfr. Moliner Tamborero: «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 19, pp. 400 ss.).

Con la misma argumentación de la S que anoto, numerosas sentencias de la Sala Primera del TS declaran la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC y la competencia de la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad del empresario en caso de accidente laboral (SS de 3 de octubre de 1961, 20 de mayo de 1966, 2 de octubre de 1971, 13 de abril de 1977, 7 de enero de 1982, 9 de marzo y 5 de julio de 1983, 8 de octubre de 1984, 16 de marzo de 1987, 8 de noviembre de 1990, 4 de junio y 27 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 7 de abril y 31 de mayo, 21 de noviembre y 5 de diciembre de 1995, 6 de febrero y 27 de febrero de 1996).

A nivel de las SS de las Audiencias Provinciales, tiene un extraordinario interés la S de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de julio de 1996, que tiene en cuenta la mencionada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS, y, además, que la S, también de la Sala Primera, de 4 de diciembre de 1995, niega el valor de jurisprudencia a las resoluciones de la Sala de Conflictos, y se atiene a la condición de fuente complementaria de Derecho que en este orden civil tiene la doctrina que de modo reiterado establezca dicha Sala Primera del TS según señala el artículo 1.6 CC.

A mi juicio, es clara la naturaleza contractual de la responsabilidad del empresario por accidentes de trabajo. Aparte de su obligación contractual más característica (la de satisfacer la contraprestación salarial debida), el empresario asume una serie de deberes respecto al trabajador, de contenido extraordinariamente diverso, y que por tradición se vienen englobando en el llamado deber de protección del empresario.

Uno de estos deberes es el de seguridad e higiene [arts. 4.2 *d*) y 19 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales].

No admite duda la calificación como contractual de la responsabilidad del empresario en el accidente de trabajo por falta de adopción de medidas de seguridad. Pero surge el problema de la jurisdicción competente, que es una de las razones principales por las que el actor invoca la normativa sobre la responsabilidad extracontractual. El artículo 2 *a*) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden civil conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Pero el carácter contractual de la responsabilidad del empresario y la competencia del orden jurisdiccional social, no ha constituido un obstáculo para que la Sala Primera del TS haya considerado pertinente, de acuerdo con la acción ejercitada por el demandante, la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC.

La Sala Primera del TS piensa *erróneamente* que lo que la Seguridad Social paga es la responsabilidad contractual del empresario. Y se concluye que la idea de la «perfecta compatibilidad de indemnizaciones» —expresamente admitida por el legislador (art. 127. 3 de la Ley General de la Seguridad Social) y reiteradamente afirmada por la jurisprudencia— sólo es congruente con la incardinación de la responsabilidad civil del empresario en el ámbito extracontractual (Pantaleón: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1985», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, número 8, p. 2617).

A mi juicio, si bien es clara la naturaleza contractual de la responsabilidad del empresario en los accidentes de trabajo, ya que el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores configura el deber de seguridad e higiene como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo, y en el mismo sentido se pronuncia la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no puede desconocerse que, cuando se produce un accidente laboral porque el empresario no ha adoptado las medidas de prevención adecuadas, se infringe el deber general de no dañar a otro previsto en el artículo 1902 CC.

Por todo ello, estimo que la tesis de la concurrencia de responsabilidades, seguida por algunas sentencias de la Sala Primera del TS en relación con el problema que analizamos, como las de 6 de octubre de 1992 y 15 de junio de 1996, y por las documentadas sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de marzo y 20 de marzo de 1995, tal vez es la vía más adecuada, aunque no deje de ser problemática [cfr., Pantaleón: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II (art. 1.902), Madrid, 1991, pp. 1977-1981].

La doctrina de estas sentencias se adecua a la teoría dominante en nuestro Derecho en torno al concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, aludiendo tanto a la teoría de la opción como a la del concurso de normas.

De manera implícita, en innumerables sentencias, la Sala Primera del TS tiene en cuenta la teoría de la opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, limitándose, sin plantearse mayores problemas, a afirmar, de acuerdo con la pretensión del demandante, la

responsabilidad extracontractual del empresario por accidente laboral (exhaustiva información jurisprudencial por Martínez Lucas: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal y criterios jurisprudenciales*, Madrid, 1996, pp. 180 y ss.).

Cavanillas Música («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 24, 1990, p. 1153) observa que limitada la jurisdicción laboral a la materia contractual, seguiría correspondiendo a la jurisdicción civil la responsabilidad extracontractual del empresario. Basta, entonces, con aplicar a continuación el régimen de opción entre las acciones contractuales y extracontractuales que va fraguándose en nuestra jurisprudencia civil para concluir que los tribunales civiles podrán entender de las demandas de los trabajadores o sus familiares que se basen en la responsabilidad extracontractual del empresario. (A. C. S.)

37. Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal de carretera nacional: resarcimiento de daños y perjuicios a conductora por mal estado de conservación de vallas de un puente: competencia de la jurisdicción contenciosa: aplicación del derecho derogado.—Después de constatar que la doctrina de esta Sala, acerca de este tema, no es, ciertamente, uniforme, el presente recurso interpuesto por el Abogado del Estado ha de ser estimado, ya que por preceptos legales explícitos [art. 3.º, apartado b) de la Ley de 1956, art. 40 LRJAE de 1957], viene expresamente atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones entabladas por los particulares por los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; la conservación de la valla protectora de un puente, de una carretera nacional, en el adecuado estado de seguridad y firmeza, es competencia de la Administración Pública, por entrañar un funcionamiento anormal del servicio público a cargo de la propia Administración; según el artículo 41 LRJAE la competencia de la jurisdicción civil sólo corresponde cuando la Administración actúa en relaciones de derecho privado, lo que no ocurre en este caso. (STS de 29 de diciembre de 1995; ha lugar.) (G. G. C.)

38. Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia: doctrina general.—Esta responsabilidad tiene una doble y distinta vertiente que aparece netamente proclamada en el artículo 121 CE y claramente diferenciada en los artículos 292 y 293 LOPJ; una de ellas es la constituida por el error judicial propiamente dicho y la otra es la integrada por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; la efectividad del error judicial requiere inexcusablemente la existencia de una resolución judicial a la que se atribuya cometido el supuesto error y que a través del procedimiento regulado por el artículo 293.1 LOPJ, recaiga una sentencia del Tribunal competente (en este caso, esta Sala Primera del TS) en la que se declare cometido el error por la resolución judicial que sea objeto de revisión; la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no requiere necesariamente la existencia de resolución judicial, ni la tramitación del procedimiento anteriormente referido (reservado exclusivamente para el *error judicial* propiamente dicho), sino que en tal caso el interesado ha de dirigir su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia.

Error judicial: requisitos: procedimiento judicial sumario; no lo constituye la orden de entrega, mediante providencia, del sobrante al adquirente en documento privado de la finca subastada.—El llamado *error judicial* según consolidada y notoria doctrina de las diversas Salas del TS, incluida su Sala especial, viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable, con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitable e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico. Nada de ello es predicable de la providencia de 19 julio 1989, por la que el JPI número 17 de Madrid, en el procedimiento judicial sumario que tramitaba, acordó entregar a don V. R. M. el remanente o sobrante de la subasta celebrada en dicho procedimiento, ya que dicho Sr. acreditó ante el Juzgado haber comprado el piso, luego subastado, a la entidad mercantil ejecutada, mediante documento privado de 21 de abril de 1983, habiéndose subrogado en el pago de la hipoteca que gravaba el mencionado piso, por lo cual la referida providencia no constituye error judicial en el sentido jurisprudencial expuesto.

Oposición a la acción indemnizatoria: ejercicio fuera del plazo de tres meses.—Debe estimarse esta causa de oposición alegada por el Abogado del Estado, ya que la entidad actora no ha ejercitado la acción del plazo de tres meses en que pudo ejercitarse, conforme el exige artículo 293.1.a) LOPJ; en efecto el Juzgado tuvo al recurrente por personado en el procedimiento judicial sumario por providencia de 9 de septiembre de 1991, notificada el 13 del mismo mes, fecha a partir de la cual pudo examinar los autos y tomar conciencia de la existencia de la providencia de 19 de julio de 1989 que acordó entregar al comprador el remanente o sobrante del precio de subasta, y desde tal fecha pudo ejercitar la acción por error judicial, cosa que no hizo hasta el 19 de febrero de 1993, habiendo transcurrido con exceso el inexcusable plazo de caducidad de tres meses. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de indudable carácter *pedagógico* (Pte. Morales Morales) que trata de clarificar las acciones que los justiciables pueden ejercitar contra el Estado por error judicial *lato sensu*. Con frecuencia, las propias deficiencias procedimentales tratan de ocultarse bajo el *manto protector* de esta acción indemnizatoria novedosamente reconocida en el artículo 121 CE, lo que no es de recibo. El carácter restrictivo del *error judicial* resulta claramente de la doctrina extractada, en la que acaso desentona la utilización del calificativo *esperpéntico*. Por lo demás, el propietario registral, que ejercita esta acción indemnizatoria, designó como domicilio para recibir notificaciones, el propio piso hipotecado, en el que, al parecer, nadie conoce a aquél; en cambio, aparece como *tercer poseedor* del inmueble hipotecado el adquirente en documento privado, quien sólo después del lanzamiento, tras alguna maniobra dilatoria, hace valer la compra en documento privado y recaba la entrega del sobrante. Parece que en este caso se ha respetado la justicia material, aunque no deja de haber sombras sobre el respeto efectivo de los derechos que la Constitución otorga a todo justiciable. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

39. Usucapión: se precisa posesión pública y en concepto de dueño.—Según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984 y 14 de marzo de 1991), la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional ni puede referirse a la pura motivación volitivas que llegaría a amparar el despojo cuando se sabe que hay un legítimo dueño, todo ello inspirado en la máxima clásica *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. De aquí que no se hubiera operado la prescripción adquisitiva extraordinaria por cuanto los demandados nunca adquirieron la posesión del inmueble litigioso en concepto de dueños (arts. 447 y 1941 del CC), pues lo único que consta acreditado es que tanto ellos como su causante pasaron a convivir —por razón de su parentesco— con la usufructuaria de la finca, ya viuda, y cuando se produjo el fallecimiento de ésta —en el año 1952— continuaron viviendo en la casa en la misma condición en que hasta entonces lo habían hecho, es decir, como meros precaristas o poseedores sin título alguno a los que, conforme al artículo 436 CC, les resulta aplicable la presunción posesoria de disfrute en el mismo concepto en que se adquirió esa posesión mientras no se pruebe lo contrario. Tampoco cabe apreciar un cambio por contradicción de esa posesión precaria y su conversión en una posesión pública en concepto de dueño apta para usucapir (arts. 1941 y concordantes del CC), en cuanto que los ahora apelados jamás exteriorizaron acto alguno que evidenciase un comportamiento como condueños, limitándose a continuar viviendo con su hermana, sin que ésta a su vez hubiese adquirido originariamente la posesión de la finca en concepto de dueño, ya que del hecho de convivir con la usufructuaria, por razones familiares, y que ésta fallezca, no puede inferirse ni remotamente que se haya producido un acto o negocio jurídico posiblemente determinante de una adquisición dominial, como es exigible. (STS de 25 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arosa, don O. O. S. accionando por sí y en interés de la comunidad de herederos de don M. O. G. presentó demanda contra don C. P. P. y otros sobre declaración de propiedad de finca. El Juzgado, estimando la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva, desestimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

40. Propiedad Horizontal. Variación de destino de algunos locales. Actividades incómodas.—En un edificio compuesto, según el título constitutivo, de planta sótano, planta baja con destino a locales comerciales y siete plantas altas destinadas a viviendas, a razón de dos viviendas por planta o piso, se instala un negocio de hostelería ocupando, además de la planta baja, los dos pisos de la planta primera y uno de la segunda. Al pretenderse su cierre por la parte actora (la Comunidad de Propietarios), se alega el cambio de destino de las citadas viviendas, para la realización de actividades no permitidas en los Estatutos. No prospera esta petición porque no existiendo Estatutos comunitarios, difícilmente se puede predicar que se haya producido cambio de destino de las partes privativas de que son titulares los demandados, cuando es precisamente en el concepto estatutario donde debe consagrarse el destino de las partes respectivas del inmueble y las limitaciones o prohibiciones de su ejercicio. Pero es, sin embargo, en la

escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal y en las posteriores transmisiones de los pisos, donde consta claramente determinado el destino para vivienda de los mismos, ya que *en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico y vivienda, locución específica*. Además, son los propios demandados, quienes al otorgar ellos solos la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal especifican el destino de las plantas altas para vivienda, término, que como señala la STS de 2 de junio de 1970, de acuerdo con el Diccionario Oficial de la Lengua, significa morada, habitación, hogar y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo la expresión *destino a vivienda*, excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias. Pero hay más, la industria de hospedaje que instalaron los demandados en el edificio litigioso, resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada, sino que se han ubicado en los tres pisos un negocio de Hostal en toda regla, con amplias perspectivas de explotación negocial como se desprende de las reformas interiores efectuadas eliminando cocinas y salas de estar y la ilícita instalación de una habitación-conserjería en el portal. Apoya esta solución también el hecho de que en las estipulaciones de la escritura constitutiva del régimen de Propiedad Horizontal se hace constar que las fincas sitas en planta baja y sótano podrán ser destinadas *a cualquier clase de industria o negocio o actividad comercial que autoricen los organismos competentes*.

Presunciones.—Si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajusta a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción sino ante los *facta concludentia* que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles. (STS de 23 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. R. B formuló demanda de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía sobre realización de obras y otros extremos contra don S. M. M. y doña E. D. B. ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Orense estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

41. Propiedad Horizontal. Obras realizadas sin el consentimiento de la Junta.—El artículo 7 LPH prohíbe llevar a cabo alteración en los elementos comunes (sin el consentimiento de la Junta de Propietarios), por lo que no procede el cambio de destino de los locales conforme a lo que consta en el título, en virtud de actos dispositivos materiales realizados en forma unilateral, que desnaturalizan el servicio de las cosas, como sucede respecto al sótano, al tratarse de espacio cerrado, con comunicación interior con el local del bajo, pues se ocasionó un efectivo cambio total, cuando lo permitido fue sólo parcial (tres plazas y no cinco). No supone concurrencia de consentimiento tácito el hecho de que el Administrador de la finca hubiera adaptado y modificado las cuotas contributi-

vas, ya que se trata de un acto unilateral administrativo que no se probó hubiera contado con el respaldo expreso y consentido de la Junta de Propietarios. La constancia registral de la regla estatutaria que facilita a los propietarios a agrupar o dividir sus locales, en la forma que tengan por conveniente, no legitima las obras realizadas, ya que este caso trata del derribo que practicó el recurrente del muro común que cerraba y separaba su local.

Doctrina de los actos propios.—Tampoco es estimable la aportación que se hace de la violación de la doctrina de los actos propios, pues la Junta de 28 de noviembre de 1988 no autorizó al cambio de destino del sótano de forma ilimitada, sino bien precisa y terminante, sólo para tres plazas, haciéndose una vez más supuesto de la cuestión. No se da la concurrencia de efectivo acto propio y concluyente que vincule a la Subcomunidad y contra el que no es lícito accionar en el alcance y con la extensión que pretende el recurrente.

Abuso de derecho.—No constituye abuso de derecho el hecho que desde la Junta de 28 de noviembre de 1986 hasta el 2 de mayo de 1989, fecha en que se requirió al recurrente, hayan transcurrido más de dos años sin protesta de los copropietarios ni interés por parte de los mismos. Si bien la apreciación de abuso de derecho constituye cuestión jurídica, siempre resulta necesario, como declaran las SS de 2 de noviembre de 1990, 5 de abril de 1993 y 11 de julio de 1994, que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar) que acrediten el abuso. En el presente caso para nada se probó que sólo hubiera mediado afán de perjudicar a cargo de la parte demandante, ya que a ésta le asiste interés legítimo en que se respeten los acuerdos comunitarios en sus propios términos, como evitar perjuicios que se derivarían del incremento del tráfico rodado en el sótano, con sus consiguientes dificultades de maniobras, por entorpecer y restar fluidez la afluencia de más vehículos como se puso de relieve en el informe pericial emitido. (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del Edificio Fueros, Subcomunidad Fueros Garajes promovió juicio declarativo de menor cuantía contra don J. E. L. ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián por el derribo de un muro que éste había efectuado sin el consentimiento de la Junta de Propietarios. Estimada la demanda, el demandado recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de San Sebastián que desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

42. Propiedad Horizontal. Legitimación del Presidente.—El hecho de que el poder para pleitos hubiese sido otorgado por quien dicen las recurrentes ya no era Presidente de la Comunidad de Propietarios no supone obstáculo para la tramitación del recurso, ya que los defectos de representación técnica permiten subsanación (SS de 16 de octubre de 1976, 4 de diciembre de 1981, 27 de noviembre de 1985 y 20 de febrero de 1986) y el aquí denunciado habría quedado subsanado por el acuerdo de la Junta de 16 de mayo de 1988, posterior al apoderamiento, ya que por él quedó *reelegido* el Presidente y eso unido al uso del poder que se hizo en el proceso, significó ratificar lo antes hecho.

Personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios. Legitimación activa.—Tampoco puede ser acogida la excepción referida a la falta de personali-

dad de la comunidad que aparece en la demanda como actora, pues, sin entrar en el debate doctrinal sobre si la capacidad para ser parte ha de reconocerse sólo a entes con personalidad jurídica o, cual instrumento para la efectividad del Derecho ante los Tribunales, ha de ser reconocida también a ciertas uniones, como las de este tipo (Comunidad de Propietarios), el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, según el cual el Presidente representa a la Comunidad, fuerza a interpretar que cuando se emplea ese *nomen* se está designando a los distintos propietarios que en ella se han organizado.

Abuso de derecho.—Mal puede fundarse la razón del recurrente en el abuso de derecho de la contraparte, cuando claro resulta conforme a la prueba practicada y según las normas aplicables que la parte demandada fue la que no respetó las reglas de convivencia que impone la copropiedad. Es claro que las obras realizadas en el muro que separan el patio de luces del edificio del local de que las demandadas son, respectivamente, propietaria y arrendataria, consistentes en la ejecución de una apertura para instalar un aparato de aire acondicionado produjeron la alteración de un elemento que es común y son contrarias a lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11 LPH si no están respaldadas por el consentimiento unánime de todos los propietarios. Todo ello, independientemente de que el funcionamiento del mecanismo produzca molestias a los demás propietarios (lo que, éstos, para excluir toda imputación de abuso, afirman) y de que la abertura hecha en la pared sea o no necesaria y ésta sea precisa para el uso del local (argumentos utilizados por la contraparte), dado que la alteración de un elemento común, sin la dicha unanimidad constituye acto antijurídico por sí solo, sin que concurra causa de justificación alguna. (STS de 6 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de la calle Hurtado número 29 de Barcelona promovió juicio declarativo de menor cuantía contra P. T., S. A. y doña M. M. R. sobre realización de determinadas obras ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, que estimó la demanda. Recurrída la sentencia, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

43. Propiedad Horizontal. Obras en elementos comunes.—Una determinada Comunidad de Propietarios decidió realizar unas obras consistentes en el cercamiento del perímetro de la urbanización, mediante la instalación de las correspondientes vallas y tabiques de mampostería con sus puertas de acceso. Las obras afectaban a los elementos comunes de la urbanización, por lo que convocada la preceptiva Junta, se aprobó por mayoría la ejecución de tales obras. Los propietarios disidentes presentaron la correspondiente demanda que, desestimada en primera instancia, fue considerada en apelación. El TS parte del hecho de que las obras habían de efectuarse en elementos comunes, pero distingue, a la hora de adoptar los acuerdos, si las obras introducen o no alteraciones o modificaciones que puedan incluirse en el artículo 11 LPH, ya que de producirse dicho efecto es de una evidencia insoslayable la necesidad del acuerdo unánime para su válida realización. Sobre las obras objeto del presente recurso hace la Sala las siguientes consideraciones: 1.º Que las referidas obras merecen una calificación inicial de extraordinarias, en cuanto no están dirigidas a la conservación y reparación que los elementos comunes pueden experimentar como consecuencia de

su normal uso y disfrute. 2.º Que a su vez, las mismas, dada su finalidad de impedir el acceso al complejo de vehículos pertenecientes a personas ajenas a la Comunidad, a fin de garantizar la mejor y más segura convivencia en ella, merecen el calificativo de *necesarias no modificativas*, lo que puesto en conexión con lo indicado en el número precedente, da lugar a que la adecuada calificación de tales obras sea la de *necesarias no modificativas y extraordinarias*. A su vez, el carácter de *no modificativas* que la sentencia atribuye a tales obras hace que la consecuencia necesaria inmediata sea la exclusión de la aplicación del artículo 16, 1.º, LPH, y por consiguiente de la unanimidad en el acuerdo para aprobar su realización, siendo por tanto suficiente la mayoría.

Ejercicio antisocial del derecho.—Por otra parte, la sentencia resalta que la conducta de los actores, hoy recurridos, se encuentra un tanto alejada de la buena fe, adentrándose en el marco del *ejercicio antisocial del derecho*, ya que de un total de 509 titulares dominiales del Complejo, fueron únicamente nueve los que se opusieron al acuerdo y las obras en cuestión tenían como directa beneficiaria a toda la Comunidad, para su mayor seguridad, a través de impedir el libre acceso a la misma, los días festivos de personas ajenas a ella. (STS de 31 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. G. S. y otros formularon demanda contra la Comunidad de Propietarios del Complejo INTUR ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Alicante por la realización de determinadas obras. Estimado el recurso de apelación interpuesto ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, el TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

44. Carácter común de las terrazas. Naturaleza de *ius dispositivum* de la enumeración del artículo 396 CC.—Recoge la sentencia el criterio de la de 10 de febrero de 1992, en virtud del cual «las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas “terrazas a nivel”) tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 CC (al mencionar entre ellos a las “cubiertas”) y bien la descripción, no de *numerus clausus*, sino enunciativa que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enumeración, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (SS de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.ª del art. 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (SS de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras), mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada».

Incongruencia. Inexistencia.—Señala la Sala que el artículo 359 LEC «solamente requiere para su efectividad que entre la parte dispositiva de la correspon-

diente resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante la fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejecutado». (STS de 29 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. C. M. C. y doña María C. L. G., formularon demanda de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la calle Hermandad de Donantes de Sangre número 49, de Madrid, solicitando que se declarase la nulidad de los acuerdos tomados por la Junta General Extraordinaria de propietarios de dicha Comunidad de fecha de 16 de marzo de 1989, recogidos en los puntos primero, segundo y tercero del acta correspondiente, según los cuales. «1.º Queda anulado el punto relativo al cerramiento de terrazas del piso 1.º A, aprobado en Junta General ordinaria de fecha 19 de diciembre de 1988, por mayoría; ya que no explicó lo que pensaba hacer y dando a entender que el cerramiento sería igual que el de los demás vecinos. 2.º Se deniega el permiso de cerramiento de las dos terrazas del piso 1.º A en las condiciones expuestas por don J. C. M. C., propietario de dicho piso, en la junta celebrada hoy (saliéndose de la vertical de las demás terrazas), alegando la comunidad que las terrazas son mancomunadas y de uso y disfrute de los propietarios de los mismos (...) 3.º La comunidad aprueba darle permiso para el cerramiento de dichas terrazas sin salirse de la vertical de las terrazas superiores». Igualmente, se solicitaba se declarase la plena validez y eficacia del acuerdo tomado en la Junta General Ordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1988 en la cual se autorizaba a los demandantes a cerrar las dos terrazas.

La comunidad de propietarios, además de oponerse a la demanda, formuló reconvencción solicitando que se deshicieran las obras realizadas en los elementos comunes por los actores, y se dejaran las fachadas y cubiertas en el mismo estado en que lo fueron al declararse la constitución de la propiedad horizontal, indemnizándose a la Comunidad de Propietarios por los daños y perjuicios causados.

La Audiencia Provincial de Madrid no dio lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda, y estimó parcialmente la reconvencción condenando a los demandantes-reconvenidos a deshacer las obras consistentes en el cerramiento de la fachada principal y patio, pudiendo realizar dicho cerramiento siguiendo la línea vertical de las terrazas de los pisos superiores, absolviéndoles de los demás pedimentos. Notificada la sentencia a las partes, don J. C. M. C. y doña María C. L. G. interpusieron recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el cual es desestimado por el TS. (A. G. B.)

45. La certificación registral no es documento inequívoco e indubitado a los efectos del ordinal 4.º del artículo 1692.—En los casos de error instrumentados por la vía del ordinal 4.º del artículo 1462 hay que tener en cuenta la doctrina consolidada del TS, según la cual, «El documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí

mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, «la certificación registral no puede estimarse cual documento inequívoco e indubitado a los fines pretendidos en el recurso, ya que la falta de constancia del sótano en la descripción registral del inmueble, en nada empece a la existencia real de aquél, careciendo, además, de absoluta relevancia en orden a la fecha de su construcción...».

La naturaleza de la acción tendente al reintegro de un elemento comunitario.—«Si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece un matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la LPH, y en este segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1964, quince años...».

El consentimiento de los copropietarios para la modificación o alteración de los elementos comunes.—En torno a la exigencia por la LPH del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar elementos comunes de inmuebles, es preciso que tal consentimiento «aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esa conclusión, doctrina la expresada que se encuentra recogida, entre otras, en las SS de 28 de abril de 1986 y 28 de abril y 16 de octubre de 1992...». A estos efectos, la realidad del tiempo transcurrido, 18 años, sin objeción alguna a la existencia del sótano, sin formular reclamación alguna, «debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe.» (STS de 13 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve ante el Juzgado de Primera Instancia juicio declarativo de menor cuantía sobre alteración de elementos comunes en régimen de propiedad horizontal sin autorización de la comunidad solicitando que se condene al demandado a que rellene, tape y deje en su primitivo e inicial estado el sótano socavado bajo el local de su propiedad. La parte demandada alega la prescripción adquisitiva de dicho elemento. La demanda es desestimada en la primera instancia y confirmada en apelación. La parte demandante recurre en casación invocando error en la apreciación de la prueba al amparo del 1962-4.º; la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1964 CC y, la infracción, por inobservancia, del artículo 7-2 LPH. El TS deniega el recurso por entender que los demandantes habían renunciado al posible derecho impugnatorio. (I. H. M.)

46. Propiedad intelectual. La ausencia de relación entre la parte demandante de los derechos de propiedad intelectual y la antigua perceptora de los mismos, determina la no necesidad de estimar litis consorcio pasivo necesario.—Al no concurrir relación alguna de la parte actora con la Compañía de Jesús y no participar ésta directamente en la que mantienen los que litigan, tratándose más bien de una anterior entre dicha Orden y la entidad que recurre, en la que no participaron los herederos *abintestato* reclamantes, no procede estimar situación de litis consorcio pasivo necesario, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la Sociedad General de Autores de España, a ventilar en el correspondiente proceso y entre dichos interesados. Cuestión distinta es que la Compañía de Jesús pueda estar más o menos interesada en este pleito, pero ello no le atribuye situación de igualdad procesal para ser imperativamente traída al litigio, sino más bien supuesto de subordinación, que generaría posible coadyuvancia procesal, lo que no ha tenido lugar.

La propiedad intelectual y sus beneficios no están excluidos de la transmisión hereditaria, pues corresponden a los derechohabientes del autor por cualquier título.—Si bien el artículo 6 de la Ley de 1879 sólo autoriza la transmisión de los derechos de autor a determinadas personas y por tiempo limitado, dicha declaración no es terminante ni cerrada, pues los artículos 2-5.º y 3-4.º de la Ley especial disponen con carácter general que tanto la propiedad intelectual, como sus beneficios, corresponden a los derechohabientes, ya sean por herencia o por cualquier otro título traslativo del dominio, con lo que no se excluye expresamente a los herederos *abintestato*, cuyos derechos a suceder surgen vigente el CC y, por tanto, al ser a título universal el conjunto de las relaciones jurídicas correspondientes al causante, eliminándose las que se hubieran extinguido por su muerte.

La pertenencia a las órdenes religiosas de los bienes de sus hermanos consagrada por los cánones 580 y 582 del Código Canónico no supone una efectiva transmisión dominical de los bienes de los hermanos.—La literalidad de la normativa y su interpretación adecuada vienen a alcanzar la conclusión de que se trata de una cesión, durante la vida del religioso, proyectada directamente sobre situaciones posesorias y rendimientos económicos que se obtengan y no una efectiva transmisión dominical; lo que opera en este sentido con mayores razones, tratándose de propiedad intelectual, que el CC en sus artículos 428 y 429 viene a dar la naturaleza de especial.

Sólo el pago hecho al acreedor legítimo libera de su obligación a la entidad pagadora.—El pago efectuado a otra persona, extraña a la relación obligatoria creada o surgida, no resulta válido, conforme al artículo 1163 CC, salvo que se hubiera convertido en utilidad acreditada del acreedor, que no es el supuesto que enjuiciamos. El referido artículo civil 1162 no admite otra interpretación que la literal, para alcanzar la conclusión de ser inoperante todo pago que no encaja en los términos del texto, sin perjuicio de las excepciones que el Código contempla y que aquí no concurren.

El conocimiento de la fecha exacta de la muerte del autor por la entidad pagadora elimina la buena fe requerida para la aplicación del artículo 1164 CC.—El principio de buena fe en que descansa el referido artículo 1164, no concurre con efectos posteriores y permanentes, ya que la Compañía de Jesús no

era ya ni acreedor aparente y menos poseía legalmente crédito alguno contra la Sociedad General de Autores y sobre todo preferencial al que ostentan los herederos conforme dispone el artículo 661 CC. (STS de 30 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El heredero *abintestato* de un sacerdote jesuita, autor de ciertas obras musicales, reclama de la Sociedad General de Autores el pago de los derechos devengados por tales obras a partir de la fecha de la muerte, ya que antes del fallecimiento los derechos venía percibiéndolos la orden a que pertenecía el religioso. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación condenan a la demandada Sociedad General de Autores, que interpone recurso de casación. (M. C. B.)

47. Pacto comisorio. Carácter imperativo de los artículos 523 CCO y 1872 CC.—Los artículos 523 CCO y 1872 CC en cuanto regulan los procedimientos de enajenación de garantías, de los que no puede prescindirse, son de aplicación necesaria (STS de 25 de septiembre de 1986). Dado el carácter ilícito del pacto que autoriza al acreedor para apropiarse de las cosas dadas en prenda o disponer de ellas (SSTS de 3 de noviembre de 1902 y de 3 de marzo de 1932) los términos *podrá* y *salvo pacto en contrario* de los artículos 523 CCO y 1872 CC, no tienen la interpretación facultativa que les da el juzgador *a quo* sino que el término *podrá* del artículo 1872 quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que dicho precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda, pues podrá proceder a la realización de su crédito persiguiendo otros bienes del deudor, mas en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del artículo 1872 (STS de 5 de octubre de 1926). En igual sentido se encuentra la interpretación que se da a la expresión *salvo pacto en contrario* del artículo 523 CCO en el sentido que no afecta a la disponibilidad del procedimiento a seguir, sino a la necesidad de que haya vencido o no el préstamo. De la misma forma los pactos contenidos en la póliza, que permiten su enajenación directa, no pueden acogerse al principio de libertad de pactos que proclama el artículo 1251 CC, ya que son contrarios a la moral y al orden público.

Prescripción adquisitiva: no puede fundarse en un título nulo.—El instituto de la prescripción tiene su base en la necesidad social, que se funda en razones de orden público, para dar fijeza y estabilidad a las relaciones jurídicas susceptibles de dudas y contradicciones, reduciendo la inseguridad de las mismas a un período de tiempo determinado para que no queden indefinidamente en lo incierto el dominio o el patrimonio y los derechos de las personas interesadas en ello. En consecuencia, esta institución se halla sometida a lógicas limitaciones, y como señala el artículo 1930 CC, para que surta sus efectos propios es preciso el cumplimiento de un requisito: el *justo título*, es decir, la causa jurídica de la adquisición del dominio por la posesión, y en tal concepto ha de ser de los que en Derecho produzcan la traslación del dominio, exigiéndose que sea verdadero y válido. Estas circunstancias no concurren en el caso presente, pues, como se ha razonado suficientemente, el título es radicalmente nulo, lo cual, entendiendo la jurisprudencia del TS, impide la adquisición al amparo de la usucapión (SS de 12 de diciembre de 1946 y 14 de abril de 1958), pues el título nulo no transmite un derecho, o como señala la sentencia de 23 de octubre de 1954, siendo justo el título que legalmente baste para transferir el dominio —artículo 1952— no puede

servir para la prescripción el título que al ser otorgado en contra de lo prevenido en la Ley, se hallaba afectado de nulidad radical. (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada fueron vistos los autos del juicio declarativo de Menor Cuantía promovidos a instancia de don R. R. B. contra don V. J. B. P., CIBSA, ECISA y otros sobre nulidad de venta de acciones, desestimándose la demanda. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso de apelación revocando la resolución recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

48. El derecho de adquisición preferente, concedido por ministerio de la ley, tiene la naturaleza de derecho real, eficaz *erga omnes* y ha de hacerse valer dentro del plazo de caducidad fijado a su especie.—En el caso de autos no se discute otro requisito que el de no haberse dirigido la acción contra un siguiente comprador de la finca, del que ninguna noticia tuvo la retrayente.

Obligar a dirigir la demanda contra todos los sucesivos posibles adquirentes de una porción de finca sujeta al derecho de retracto es tanto como hacer claudicar el derecho de la retrayente o dejar a la voluntad del primer comprador la eficacia de derecho reconocido en la ley. Es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia que, cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes (SSTS de 10 de abril de 1904, 8 de junio de 1906, 13 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1927, etc.), con lo cual, si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia. Naturalmente, el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente, en cuya posición se subroga la retrayente, y ello aunque una S de 7 de enero de 1959, que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta. Criterio que además de aislado es insostenible, porque ello podría alterar los requisitos del retracto contenidos en el artículo 1518 CC, simplemente con sucesivas transmisiones.

Cuando esas nuevas transmisiones se conocen durante el litigio y se está en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a ese segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado, no habría podido ser condenado. Pero para demandarle es preciso conocer la venta en tiempo hábil, tiempo que en el caso de autos, realmente existió, pero no fue conocida la venta, pues el conocimiento dependía de la colaboración leal del demandado, el cual, sabedor de que él mismo había vendido la finca retraída, lo calló todo el período que medió desde la admisión a trámite de la demanda hasta que la Audiencia resolvió el recurso contra la providencia de admisión.

Ninguna norma legal obliga al retrayente a formular nueva demanda de retracto, contra el adquirente posterior. En cualquier caso, la sentencia favorable a la retrayente no será causa de efecto alguno respecto de terceros.—En efecto, la actora en modo alguno ha de subrogarse en el lugar del adquirente posterior, pues ésta ejercita el derecho reconocido en el artículo 1522 CC, contra quien en la enajenación adquirió parte de la cosa común.

Por todo ello, cualesquiera que sean las dificultades de ejecución de la sentencia, no será indiferente la colaboración del demandado condenado, ni se podrá ignorar que el artículo 1510 CC y su referencia a terceros hipotecarios no es aplicable al retracto legal de comuneros, puesto que por tratarse de una verdadera limitación legal del contenido del dominio no precisa que conste en el Registro (*vid.* art. 37. 3 LH), además en el caso de autos no hay terceros registrales.

En todo caso, la sentencia favorable a la retrayente, si bien puede no darle posibilidad de posesión inmediata de la finca, constituye título apto para defender su derecho, ejercitando la acción que le convenga, ninguna de las cuales cabe dentro de este proceso, en el que la *perpetuatio legitimationis* impide tanto la entrada de terceros en el proceso como que se efectúen pronunciamientos contra quien no fue parte en el mismo.

En fin, si como se ha dicho, sólo al adquirente es obligado demandar, no puede hablarse de litis consorcio, y si la sentencia no ha de ser causa directa e inmediata de efecto alguno respecto de extraños al proceso, puesto que los que le afecten se producirán por ministerio de la ley, en consecuencia, el ulterior adquirente siempre tendrá la protección de la ley frente a quien le vendió contrariando el régimen de comunidad y de retracto legal que necesariamente conocía cuando vendió. (STS de 7 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se adquiere conjuntamente y por mitades una finca, una de las propietarias vende su cuota a un tercero, no teniendo noticia la otra propietaria de dicha enajenación, en cuanto a la fecha de la venta, precio y condiciones, que son en consecuencia desconocidas. Se interpone demanda de retracto de comuneros, solicitando se declare el derecho de la demandante a retraer la participación dominical enajenada, y requiriendo la entrega de la escritura de venta. Se contesta a la demanda por el adquirente de la cuota dominical, alegando la falta de legitimación activa o, en otro caso, pasiva, o bien la excepción de litis consorcio pasivo necesario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones procesales presentadas por el demandado y estimó la demanda, declarando el derecho de la demandante a retraer la participación dominical de la finca. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria revocó la sentencia y acogió la excepción de litis consorcio pasivo necesario. El TS casa la sentencia dictada en apelación, rechazando la existencia de litis consorcio pasivo y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, precisando que en la ejecución de la misma no deben adoptarse decisiones contra quien por no haber sido demandado (entiéndase la referencia al segundo adquirente), no haya gozado del derecho de defensa. (A. I. H. O.)

DERECHO DE FAMILIA

49. Matrimonio canónico: efectos civiles de la dispensa pontificia sobre matrimonio no consumado: ajuste al Derecho estatal: doctrina general.—A falta de pruebas acreditativas de que la decisión pontificia contraría al orden público interno, o resulte atentatoria contra el derecho constitucional, la homologación solicitada resulta estimable, pues el referido orden ha de estar no sólo al servicio

del Estado sino preferentemente al de los ciudadanos y sus derechos inviolables, uno de los cuales es el matrimonio canónico, por estar expresa y legalmente reconocido; en consecuencia, el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro Ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento necesario de derecho a la tutela judicial, que acoge el artículo 24 CE.

Exégesis del artículo 80 CC y del ajuste al Derecho del Estado.—La interpretación del artículo 80 CC, conforme al artículo 3.º, se hace exigente en cuanto al alcance del necesario ajuste a la legalidad estatal, pues se establece así una especie de mecanismo jurídico de control atenuado a cargo de los Tribunales ordinarios, conforme declaró la S de esta Sala de 10 de marzo de 1992, y que supera los estrictamente formales, en razón de haberse modificado el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos (Concordato de 1953), y evitar en todo caso el automatismo que se produciría por la inmediata eficacia de las sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, ya que ello vendría a conculcar frontalmente el artículo 117. 3.º CE y precepto 2 LOPJ.

Remisión al artículo 954 LEC: requisitos formales.—Hay que entender que el preciso *ajuste legal no se agota procesalmente con que cumplan las condiciones* —más bien que requisitos, como textualmente dice el artículo 80 CC— y a los que hace referencia el artículo 954 LEC, dada la especialidad de la materia; en el presente caso, los presupuestos formales se dan suficientemente concurrentes por probados, y así lo declara como hecho firme, no atacado, toda vez que se ejercitó en vía eclesiástica una acción personal, el trámite procesal se llevó a cabo con intervención del recurrente, que fue oído en el mismo, con posibilidad plena de ejercicio de sus derechos de defensa, ya que aportó pruebas, lo que excluye toda situación de rebelde; también se da la necesaria autenticidad conforme al ordenamiento canónico y la legalidad formal que exige la ley española en relación a la carta-ejecutoria que obra en los autos y hace referencia a decisión firme y ejecutoria, en cuanto se refiere al rescripto de la Santa Sede.

Licitud.—Exigido por el artículo 954 LEC se ha interpretado por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido de no contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza se presenta variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales (SS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos, públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales o incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y, a su vez, en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico.

Fuentes legales estatales y canónicas.—El problema del requisito de licitud se entronca necesariamente con el ajuste al ordenamiento estatal que establece el artículo 80 CC, y del artículo VI-2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979; el procedimiento lo regula la disposición adicional 2.a de la Ley de 7 de julio de 1981, que contempla actuaciones procesales propias de la Jurisdicción voluntaria cuando no se produce oposición

y, en otro caso, será el juicio de menor cuantía (S de 24 de septiembre de 1991), así como las SSTC de 22 de diciembre de 1988 y 8 de noviembre de 1993. Canónicamente el tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia, en cuanto derecho de gracia que corresponde al Romano Pontificio y es otorgado en el ámbito del ordenamiento eclesiástico a medio del procedimiento contradictorio, conforme a la normativa canónica, así como la Instrucción *Dispensationis matrimonii*, de 7 de marzo de 1972, que no contempla nuestro Derecho, pues ninguna autoridad del Estado está investida de tal potestad.

Aspectos constitucionales.—La interpretación del artículo 80 CC conforme a los principios constitucionales ha de centrarse partiendo de respetar la Jurisdicción eclesiástica, en cuanto actúa con sujeción a sus propias normas, no resulta permitido entrar en el tema de desautorizar la resolución pontificia, pues ello supondría intromisión, y sí únicamente estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo que no representa que concurra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles, en base a que el artículo 73 CC no contempla expresamente la inconsumación matrimonial; la necesaria identidad total de causas, o de coincidencias en concreto, ha de ser inmediatamente rechazada, pues no cabe imponer, conforme a los tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa a actos jurídicos a la nuestra positiva; a su vez, resultarían inaplicables las dispensas de matrimonio rato y no consumado, dejando en el vacío y en parte ineficaz el artículo 80 CC, así como inviable el Acuerdo de 1979, que de esta manera no sería debidamente cumplido ni respetado, y supondría siempre llevar a cabo juicio de revisión del fondo de la resolución pontificia, a cargo de la Jurisdicción civil, lo que no procede.

Libertad religiosa y de conciencia: opción por la forma religiosa en el momento extintivo del vínculo: mala fe o fraude a cargo del Estado.—Resulta más adecuada y conforme al sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de los requisitos formales del artículo 954 LEC, sino que se alcance como positivos los controles de forma, de modo que se produzca la licitud de la resolución a homologar, que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente no se presenta como plenamente desajustada para generar un rechazo total, sino que exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación; para ello ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el artículo 16 CE, coincidente con el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948, resultando acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que los artículos 49 y 60 CC prevén reconocimiento de efectos civiles, y consiguiente reenvío a las normas canónicas, de donde deriva que los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro orde-

namiento jurídico; entenderlo de otro modo llevaría a tener que remontarse a situaciones de mala fe o de fraude a cargo del Estado, al hacer inoperante el Acuerdo con la Santa Sede en los supuestos de matrimonio rato y no consumado. (STS de 23 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Sabido es que la exégesis del artículo 80 CC, tal como fue redactado por la reforma de 1981, vino a ser el *punctum ardens* de la nueva normativa, al tiempo que constituye la piedra de toque para calificar—en términos clásicos— el sistema matrimonial postconstitucional. La S que ahora se anota ofrece un alto valor interpretativo, no sólo en el caso debatido, sino que ha profundizado en la *ratio* del artículo 80 CC con una riqueza de argumentos pocas veces exhibida en la doctrina jurisprudencial. En precisa y medida argumentación, encajada en apenas dos fundamentos de Derecho, la S (Pte. Villagómez Rodil) aplica un método realista que trata de buscar un punto de conexión entre dos ordenamientos independientes, no subordinados, y que habían acudido a la vía habitual de pactar sobre intereses comunes. El *thema decidendi* es claramente paradigmático, pues si las causas de nulidad fueron elaboradas por la doctrina canónica medieval y de aquí ha sido utilizada por las legislaciones civiles, por lo cual existe una *doctrina común*, la disolución por matrimonio rato y no consumado, quizá por las dificultades de manejo por los juristas seculares, no ha sido recibido por la legislación estatal. Para algunos autores, tales dificultades vendrían a ser la *prueba del nueve* de la imposibilidad de aplicar el artículo 80 CC. La S cumple una indiscutible función pedagógica, adoctrinando a los operadores jurídicos acerca de tener en cuenta el principio de economía, y que si alguno de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 CC). Colateralmente viene a sentarse una interesante doctrina sobre el sistema matrimonial.

Reconocer eficacia civil a las dispensas canónicas *super ratum* obliga a entender el *ajuste* en un sentido no equivalente al ordenamiento estatal. Por ello, sin abandonar las exigencias constitucionales ni el pleno respeto al orden público matrimonial, la S se orienta hacia una vía posibilista que ofrezca una razonable efectividad práctica al Acuerdo de 1979. Me parece muy acertado invocar la libertad religiosa y de culto, ya que el sistema matrimonial no puede verse como una graciosa concesión del Estado, sino como algo enraizado en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Toda pareja tiene un derecho a configurar su familia conforme a sus convicciones más íntimas; y el Estado se ha comprometido a respetar la opción puramente civil o religiosa (en sus diversas modalidades). La posición especial del matrimonio canónico permite que el Estado llegue a reconocer la libertad de los cónyuges en el momento extintivo, lo que explica el artículo 80 CC. (Por cierto, que la S recoge opiniones expuestas anteriormente por De Pablo Contreras: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Pamplona 1985, pp. 174 ss.)

En el FD 3.º se rechazan otros argumentos del marido recurrente —cuyos sucesivos recursos había logrado detener la ejecución de la dispensa canónica durante ocho años— referentes a la reducción de las garantías en el procedimiento canónico, declarando tajantemente que

el recurrente contó con todos los medios de defensa para rebatir la pretensión de la oponente; en cuanto a la revisión en proceso civil de las causas canónicas de disolución matrimonial, no lo autoriza ni el texto ni el sentido del artículo 80 CC, y en otro caso supondría cercenar la libertad religiosa que establece el artículo 16 CE, y apartarse del cooperativismo y mutua asistencia que establece el Acuerdo de 1979. (G. G. C.)

50. Separación matrimonial: liquidación de la sociedad de gananciales: atribución de la vivienda familiar de protección oficial: incongruencia de la sentencia que decreta la descalificación.—La S recurrida ha incurrido en incongruencia al introducir el factor de que por las partes se proceda a la previa descalificación mediante los anticipos correspondientes al organismo oficial, para después enajenarla o determinar el valor de mercado de la misma, por cuanto que ninguna de las partes planteó dicha petición, ya que, sin perjuicio de razones de equidad que se exponen para tal decisión, se impone a la parte una evidente prestación personal, un *facere*, no planteado en el litigio, lo que constituye incongruencia por razón de la materia o por consideraciones cualitativas o *extra petita*.

Régimen aplicable a la liquidación: especial referencia al régimen de partición y liquidación de la herencia.—No sólo han de aplicarse razones de equidad sino diversos preceptos del régimen de gananciales, como los artículos 1344, 1404 y 1406, sino por remisión del 1410 lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes, entre los que sobresalen los artículos 1061 y 1062. En consecuencia, la petición de la esposa de que se le adjudique la propiedad de la vivienda, compensando al marido con base en el precio oficial de la misma, vulnera a todas luces el específico módulo de igualdad del artículo 1061, siendo superfluo resaltar que por razones de mercado el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora.

Prohibición de sobreprecio.—Los artículos 28 y 29 del Real Decreto de 1976 sobre Viviendas de Protección Oficial prohíben expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el máximo legalmente fijado, pero esta prohibición no se vulnera cuando no se trata de vender la vivienda, sino de computar su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad.

Proindiviso de la vivienda familiar: acción de división: indemnidad del derecho de uso judicialmente atribuido con carácter temporal a uno de los cónyuges.—Es aplicable la doctrina establecida en S de 14 de julio de 1994, en cuestión análoga, según la cual el derecho divisorio subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por los artículos 90 y siguientes CC, conforme a los cuales, en defecto de acuerdo de las partes, aprobado por el Juez, se asignará el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, y esta prescripción, cualquiera sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada, so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente; en consecuencia, aun cuando se reconozca la *actio communi dividundo* y se proceda incluso a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho

reconocido en tutela de la situación familiar devenida tras la separación de los cónyuges. (STS de 16 de diciembre de 1995; ha lugar en parte.)

NOTA.—Un caso interesante que enriquece la abundante problemática planteada por el régimen de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. Aquí el elemento *distorsionante* está constituido por tratarse de una V. P. O. sujeta a precio tasado. La mujer pretende que se le adjudique la vivienda previo abono al marido del 50 por 100 del precio oficial. La Audiencia había ordenado una no pedida descalificación de la vivienda. La STS (Pte. Martínez Calcerrada) hace dos declaraciones, a mi juicio importantes y acertadas. La prohibición de sobreprecio no rige cuando se trata de valorar las participaciones de los cónyuges en la vivienda familiar, pues, de lo contrario, se produciría un lesivo enriquecimiento injusto. Todavía tiene mayor alcance la declaración de indemnidad del derecho de uso judicialmente otorgado a uno de los cónyuges, en caso de que el titular del dominio ejercite la acción de división. Ambas declaraciones, a mi juicio, son plenamente de aprobar. (G. G. C.)

51. Filiación. Equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales con la promulgación de la Constitución de 1978.—Señala el Tribunal que «con la promulgación de la Constitución quedaron iguales ante la ley los hijos matrimoniales, antes llamados legítimos, y los extramatrimoniales, que si eran ilegítimos no tenían otro derecho que el de alimentos, a tenor del artículo 139 y, por tanto, este derecho se extinguía con la muerte del alimentante; y los entonces llamados naturales que sólo en los supuestos del artículo 137 podrían reclamar su filiación tras la muerte del padre. El régimen de filiación en el CC fue modificado por la Constitución. Para adaptar el Código a la Norma Suprema, se promulgó la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, y su disposición transitoria séptima establece que las nuevas acciones de filiación que se otorgan a todos los hijos, sin excepción, se aplicarán a partir de la entrada en vigor de esta ley. De su texto surgió la duda sobre el régimen de filiación aplicable al período intermedio entre la vigencia de la Constitución y la Ley de 1981, duda que se dispo ya en la STC de 20 de diciembre de 1982, que entendió que la disposición derogatoria tercera dio fin al régimen desigual CC, de acuerdo con los artículos de la Constitución (arts. 39 y 14).

El TS, en sentencia de 10 de febrero de 1986, aplicó el mismo criterio y es pacífica en la actualidad la afirmación que la referencia a la ley, hecha por la disposición transitoria, lo es al bloque de normas, incluida la Constitución. En consecuencia, entre la entrada en vigor de la Constitución y la modificación del CC, los hijos, todos, tienen las mismas acciones para hacer constar su filiación, y durante toda su vida, como establecía el viejo artículo 118 y el actual 133».

Aplicación a la sucesión de la ley vigente a la muerte del causante.—La Sala, partiendo de que la sucesión se abre con la muerte de las personas, pues desde ese momento (art. 657 CC) se transmiten los derechos, y desde ese momento los herederos suceden al difunto (art. 661), incluso adquieren la posesión civilísima (art. 440), señala que la sucesión se rige, en consecuencia con la ley vigente, en el momento de la muerte del causante como ha reconocido el Tribunal en multitud de sentencias anteriores a la Constitución y en sentencias posteriores (*vide*. SSTS de 10 de noviembre de 1987, 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990).

De acuerdo con esto, entiende la Sala que «muerto el causante antes de la Constitución, la cuestión no tiene duda, su sucesión se rige por el derecho anterior. Y tal régimen no puede ser alterado por la Ley de 1981, que si en orden a las acciones de filiación permite a los hijos extramatrimoniales ejercitarlas durante toda la vida, en igualdad de condiciones con los matrimoniales, nada tiene ello que ver con los derechos hereditarios. Éstos se rigen por el derecho vigente a la muerte del causante, así lo acepta la transitoria octava y a ella no le es predicable el criterio de la STC, que sólo decidió sobre acciones de filiación, no sobre derechos hereditarios. Respecto a aquéllas, impidió que se mantuvieran discriminaciones, pero respecto a éstos, es evidente que no cabe aplicación retroactiva que incida en sucesiones abiertas producidas y agotadas, pues ello conculca los artículos citados y el 807 CC». (STS de 28 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don José González Galisteo, doña María Jesús, don Manuel y don José Mérida Ruiz interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía siendo parte demandada doña Margarita Lozano Morales, solicitando que se declare que los actores son hijos extramatrimoniales de don José Lozano López, que al haberse olvidado a estos hijos extramatrimoniales en el testamento de su padre extramatrimonial, es nula y totalmente inválida por preterición la institución de heredero a favor de doña Margarita Morales Ocampos, reconocida en dicho testamento como hija ilegítima del testador, y, por último, se resuelva que, al no existir institución de herederos, procede abrir la sucesión intestada, declarando herederos *abintestato* de don José Lozano López a sus hijos extramatrimoniales, doña Margarita Lozano Morales (antes Margarita Morales Ocampos) y a los cuatro actores, anulando todas las inscripciones subsiguientes a la partición de herencia de don José Lozano López, y condenando a la demandada a devolver a la masa hereditaria los bienes que hubiese recibido como consecuencia de su carácter de heredera universal.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia declarando la filiación extramatrimonial de los actores y el derecho a la parte proporcional de la legítima estricta a cada uno de los hijos preteridos. Interpuesto recurso de apelación por doña Margarita Lozano Morales, la Audiencia Provincial de Sevilla confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declara haber lugar al recurso. (O. M. B.)

52. Filiación extramatrimonial: reconocimiento de paternidad: indicios o pruebas indirectas: negativa a colaborar con la justicia.—A juicio de esta Sala merecen credibilidad las declaraciones testificales que ponen de relieve el carácter amoroso y relativamente estable durante un periodo de tiempo precedente al nacimiento del hijo, de las relaciones que existieron entre el demandante y la codemandada, periodo de tiempo que pudo permitir la concepción del hijo; asimismo, las manifestaciones de la madre ante testigos sobre la paternidad del hijo, coincidentes con la petición del actor; a la hora de valorar estos testimonios, conforme a las reglas de la sana crítica, no pueden excusar su importancia so pretexto de parentesco o de la amistad con las partes, pues este es el sentido que se desprende de la suavización de las *inhabilitaciones* para ser testigo, del último párrafo del artículo 1247 CC en relación con la prueba del nacimiento o con hechos íntimos de la familia que no sea posible justificar con otros medios; y la convicción que produce esta prueba testifical se refleja con el contenido de la carta, adjuntada con la demanda

que, aun cuando no fue formalmente reconocida, ni cotejada con la letra auténtica, por la actitud obstruccionista de la demandada, constituye un valioso indicio que corrobora la habitualidad de las relaciones sexuales entre la pareja en aquella época; estos documentos probatorios, junto con la infundada negativa a la práctica de las pruebas biológicas (negativa corroborada por la incomparecencia tras la doble citación a confesar, que también supone un indicio), permiten, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Sala, apoyar la convicción adquirida por este Tribunal acerca de la paternidad verdadera del hijo, convicción que, dada la actitud de los demandados, no puede más que sustentarse en pruebas indirectas, con todos los riesgos que ello comporta, pero también con toda la certidumbre que, según el recto criterio humano, resulta exigible; la valoración, en este orden, de la referida negativa resulta de numerosas SS de esta Sala, pues entraña un vehemente indicio de prueba que unido a las demás pruebas practicadas, de las que se desprende que hubo unión carnal apta para fecundar, lleva al órgano jurisdiccional a la convicción de que tal fecundación se produjo.

Deficiencias de los procesos de filiación.—La situación de penuria de los procesos de filiación no fue remediada por la Ley de 13 de mayo de 1981, pese a la plausible innovación que supuso, entre otros extremos, la introducción y el reconocimiento del principio de investigación de la paternidad; se carece de un proceso civil, con componentes de intervención oficial y no dominado exclusivamente por la voluntad de las partes, lo que tiene grave trascendencia para cuestiones que afectan al orden y constitución de la sociedad, del que la familia es *caput et fundamentum*, lo que destaca el interés público subyacente superior al de los litigios meramente privados, de donde deriva la conveniencia de establecer las peculiaridades de los principios que deben seguir el conocimiento procesal de los asuntos, las facultades y deberes reforzados del órgano jurisdiccional y la posición de las partes, sobre todo en relación con la aportación de hechos y respecto de las pruebas y su valoración, así como los actos dispositivos; carencias que incrementan las dificultades que en tales procesos se suscitan.

Falta de colaboración procesal de los demandados.—Se manifiesta expresamente en el escrito dirigido al Juzgado en el que dicen que no acudirán a absolver posiciones, ni se someterán a las pruebas periciales caligráficas, ni biológico-genéticas, ni reconocerán documentos, ni formularán repreguntas a los testigos, bajo la excusa de negar legitimación activa al demandante, que afirma su condición de progenitor del menor, cuya filiación extramatrimonial, frente a la matrimonial, se reclama, excepción desestimada tanto en primera como en segunda instancia. Esta actitud obstruccionista de los demandados infringió el artículo 118 CE en cuanto manda a los ciudadanos que presten la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso, y esta colaboración se niega si no se facilita la investigación de la paternidad, principio también con rango constitucional.

Falta de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia: innecesariedad: actos propios.—Ninguna necesidad habría de solicitar otra vez el recibimiento a prueba, puesto que el rotundo y claro anuncio de la conducta que al respecto siguieron con toda meticulosidad los demandados y recurridos, excusaba por inútil una nueva petición, dado que el proceso no es un juego, y mucho menos los que tienen un objeto como el presente, que permita a las partes a su arbitrio, y con olvido del principio de buena fe, actuaciones contradictorias, en pugna con el más elemental respeto al principio de los propios actos; la repeti-

ción de las pruebas tiene sentido cuando por causas justificadas, o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a prestar la colaboración requerida, en cuyo caso la prueba debe tenerse por celebrada, aunque hay que valorar consecuentemente la conducta procesal de la parte; así, según el artículo 608.4.º LEC, la negativa a formar un cuerpo de escritura para el cotejo de letras permite que se pueda tener por confesa a la parte en el reconocimiento del documento impugnado, y el artículo 593 LEC permite tener por confeso en la sentencia definitiva a la segunda incomparecencia sin justa causa para confesar o si se rehúsa la declaración; en cuanto a la incomparecencia para practicar las pruebas biológicas, si bien la ley no previene una segunda citación, la conducta de los incomparecientes puede valorarse negativamente según la jurisprudencia.

Verdad material y verdad formal.—No se trata, en el caso que se examina, de suplir con nuevos formalismos, los formalismos en que incurre la sentencia al estimar que, como el recurrente no volvió a solicitar el recibimiento a prueba en la alzada, ha dejado sin elementos de juicio suficientes al órgano jurisdiccional, alegando también el recurrido que, al no haber solicitado otra vez el recibimiento a prueba, no se acredita cuál hubiera sido la conducta que hubiera seguido en esa hipótesis, sino que, al imperar el principio de verdad material sobre el de verdad formal, la valoración de las pruebas no cabe que se haga en función de criterios de predeterminación legal, y ni siquiera el *onus probandi* ha de observarse con criterios de automatismo en su distribución.

Ejercicio antisocial del derecho de defensa.—El derecho de defensa, ínsito en el derecho a la jurisdicción del artículo 24 CE, no es un derecho ilimitado que justifique cualquier conducta, sino que su ejercicio ha de estar contenido dentro de unos límites normales, cuyo alcance depende de la naturaleza del proceso en que tal derecho se ejercite; en los procesos de filiación el ejercicio del derecho ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad, sin que quepa sobrepasar manifiestamente sus límites con actos u omisiones, como la negativa total a cooperar con el buen fin de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes por la autoridad judicial, en perjuicio, según los términos objetivos de la ley y al margen de respetables sentimientos, del menor cuya paternidad se reclama. (STS de 28 de noviembre de 1995; ha lugar.)

NOTA.—Conocida es la proclividad actual de la Sala Primera en favor de la filiación extramatrimonial, y la generosidad con que interpreta el artículo 135 en relación con las pruebas indirectas. Lo novedoso es que, si bien tal doctrina jurisprudencial ha venido beneficiando a la madre, en el caso resuelto por la S anotada, resulta favorecido el padre. Supuesto de algún modo paradigmático, además por las circunstancias concurrentes, ya que el matrimonio demandado que tenían al hijo por matrimonial (no se aclara bajo qué condiciones) adoptan *ab initio* una clara actitud de no colaborar procesalmente con el actor en el desarrollo del mismo.

Debe advertirse que, pese a la trascendencia de la S anotada (ambas decisiones de instancia habían desestimado la acción de reclamación de la filiación no matrimonial) y la trascendencia de la doctrina sentada frente a una calculada posición procesal de los demandados que conduce a estimar el recurso con base en indicios no siempre consistentes, hay que sentar previamente una incompleta descripción del supuesto de

hecho. La reclamación de paternidad extramatrimonial requiere impugnar la filiación matrimonial de que goza el hijo, con evidente posesión de estado; pero no se aclara si se está en presencia de una matrimonialidad sobrevenida *ex artículo 119* (antigua legitimación *per subsequens matrimonium*), o si se dio el supuesto del artículo 117.

Verdad material frente a verdad social. Podría decirse que el amante despedido no tiene escrúpulo en alterar la paz de una familia regularmente constituida (tampoco se nos dice el tiempo durante el cual el menor ha gozado de la posesión de estado de hijo legítimo). Lo que ocurre es que el TS da la razón a aquél. ¿Con apoyo en el CC? Personalmente abrigo dudas, porque el artículo 132.1 parece excluir al presunto padre de la acción de reclamación no habiendo posesión de estado, y, de modo general, porque, si bien la ley de 1981 ha pretendido acercar la verdad oficial a la real, ello no deja de ser una aspiración que la propia ley impide en algunos casos.

También hay fisuras en la argumentación del TS (Pte. Almagro Nosete). La *suavización* de las inhabilitaciones para ser testigos, contenidas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1247 CC, no afecta a las declaraciones testificales de terceros no parientes, a que parece referirse el 6.º FD de la S. La inadecuación del procedimiento vigente en procesos sobre el estado civil no autoriza al TS a convertirse en legislador, estableciendo otras normas procesales. Por otra parte, el órgano jurisdiccional hubo de vérselas con la inhabitual postura de los demandados. Lo frecuente es desarrollar una actividad normal y, en todo caso, negarse a someterse a las pruebas biológicas. También cabría imaginar una mera actitud de silencio (no contestar, o limitarse a oponerse a la demanda sin proponer prueba y no comparecer a la que proponga el adversario), o simplemente, no comparecer y declararse en rebeldía. En el presente caso, invocando falta de legitimación activa del actor, hacen una declaración de no colaborar de ninguna forma en el proceso; así no comparece a reconocer la firma, ni forma un cuerpo de escritura que permita la pericial caligráfica, no está presente en ninguna clase de pruebas y, por supuesto, se niegan a la práctica de las pruebas biológicas. Aunque logran su intento tanto en primera como en segunda instancia, fracasan en casación, porque en definitiva es *actitud testimonial suicida*.

La S estimatoria se funda: en pruebas testificales sobre el carácter amoroso y relativamente estable de las relaciones entre actor y codemandada, durante un periodo de tiempo que pudo permitir *la concepción del hijo; en supuestas declaraciones de la madre ante testigos sobre la paternidad del hijo*; la existencia de una carta, no formalmente reconocida, ni cotejada con letra auténtica, de la que sorprende diga la S que *corroboraba la habitualidad de las relaciones sexuales entre la pareja en la época de la concepción del hijo*; la negativa a someterse a pruebas biológicas. Así se apoya la *convicción de la Sala, basada en pruebas indirectas*, con todos los riesgos que ello comporta (reconoce la S), pero también con toda la certidumbre que según el recto criterio humano, resulta exigible.

Pienso que la doctrina de esta S merece análisis en profundidad, sustantivos y procesales. Mientras tanto, quede constancia de las reservas que me suscita. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

53. Capacidad para testar: presunción *iuris tantum*.—La doctrina jurisprudencial deduce de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 CC la presunción de que «toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas del raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti*».

Pero la citada presunción tiene un valor *iuris tantum*, pues la apreciación de la capacidad del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia y así se ha establecido entre otras en las SS de 8 de mayo de 1909, 24 de noviembre de 1933, 10 de abril de 1944 y 9 de abril de 1948. En efecto, ni «la declaración de los Facultativos, ni el juicio que formase el Notario y los testigos del estado mental del testador impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél» (SS de 7 de junio de 1893 y de 1 de junio de 1901).

La expresión «cabal juicio» del artículo 663.2.º CC.—La expresión citada «no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental».

La valoración de la capacidad de testamentificación por el Notario.—«La aseveración notarial de la capacidad de testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario. (SSTS de 21 de junio de 1986, 10 de abril 1987, 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990). (ST de 27 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña G. A. A. otorgó, ante Notario hábil, el 16 de septiembre de 1982, un testamento abierto, en el que nombraba heredero a uno de sus hermanos y revocaba un testamento anterior, en el que había instituido a sus otros hermanos y sobrinos. Los familiares excluidos formularon demanda judicial, en la que solicitaron que se declarase la nulidad del testamento, la nulidad de las operaciones de adjudicación de la herencia y la cancelación de todas las inscripciones registrales practicadas, fundamentando su pretensión en la falta de capacidad de testar de doña G. A. A. Admitida la demanda, el heredero demandado se opuso a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda en todos sus pedimentos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS lo desestimó.

NOTA.—La capacidad para testar es más amplia que la capacidad requerida para realizar otros negocios jurídicos. En efecto, como se señala en la S que nos ocupa, es admitido por la Jurisprudencia que basta con que el testador se encuentre en «su cabal juicio», artículo 663 CC, y que no sea menor de catorce años, salvo en el testamento ológrafo, para que opere la presunción *iuris tantum* de capacidad. Pero hemos de precisar

que la sentencia anotada, al valorar el juicio que sobre la capacidad del testador realizó el Notario otorgante, parte del artículo 685 CC en su redacción anterior a la reforma de la Ley de 20 de diciembre de 1991. Y ello no podía ser de otra forma a raíz de la propia Ley citada (disposición transitoria única) y del principio que en materia de retroactividad impera en nuestro ordenamiento. No obstante, hemos de dejar constancia de que el artículo 685 CC ha sido modificado por la Ley de 1991 en el sentido de sustituir la mención de que el notario «procurará ... asegurarse de que a su juicio tiene el testador la capacidad necesaria para testar», por «deberá... asegurarse». Esta reforma debe llevarnos a exigir al Notario una aseveración de la capacidad del testador con una certeza absoluta. Esta conclusión se desprende *sensu contrario* de la STS de 23 de marzo de 1940, numerosamente citada en SS de nuestro Alto Tribunal, en la que se establece que «la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudo formar el notario... sobre dicha capacidad en el acto del otorgamiento conforme resulta de la misma dicción CC, que en su segunda edición sustituyó la expresión “deberá asegurarse” por la de “procurará asegurarse”, que no exige aseveración de capacidad con absoluta certeza».

Hubiese sido deseable para evitar equívocos de interpretación del artículo 685 que en la S presente se hubiese dejado claro que «respecto a los artículos 665 y 685 ha de estarse a su redacción anterior a la reforma de 20 de diciembre de 1991», como así se hizo en la STS de 26 abril de 1995, en su FD primero.

Finalmente, resulta significativa la acepción que del término *desheredación* se utiliza en esta sentencia (FD tercero). En efecto, se emplea refiriéndolo a herederos no legitimarios a los que sin embargo les podría corresponder la herencia por sucesión intestada (hermanos y sobrinos). (S. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

54. Contrato de agencia y de distribución en exclusiva: notas diferenciadoras.—El TS procede a una recalificación jurídica del contrato controvertido como contrato de concesión con exclusiva, habida cuenta de la calificación emitida por el Tribunal de Instancia como contrato de agencia, subrayando cuáles son las notas que individualizan ambas figuras: en primer lugar, «que así como el contrato de agencia —arts. 1 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1992, núm. 12/1992— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente ... »; en segundo lugar, mientras en el contrato de agencia la independencia es básica —art. 2—, cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional... conforme a sus propios criterios, pues el concedente se lo ha impuesto», entonces la concesión no es agencia.

Contrato de adhesión.—No podemos entender que nos encontramos ante dicha clase de contratos por el mero dato formal de que el contrato en cuestión haya sido redactado por el concedente, puesto que se trata de una relación marca-

damente individual y no de «una serie numerosa de usuarios que han de soportar unas imposiciones unilaterales integradas por la voluntad de la empresa dispensadora de indispensables servicios».

Resolución por incumplimiento.—La empresa concesionaria procede a la resolución sin indemnización merced a las facultades resolutorias recíprocas de las partes contratantes convenidas en una cláusula contractual. El incumplimiento se configura como la no obtención de unos determinados objetivos previstos expresamente por las partes en el contrato.

Voluntad deliberadamente rebelde.—El TS mantiene al respecto la misma doctrina que en otros pronunciamientos anteriores, entendiéndose que la voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, «pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y de 13 de noviembre de 1985)». (STS de 8 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil C, S. A., fabricante de piensos, celebró con don L. B. P. el día 1 de septiembre de 1989 un contrato de distribución en exclusiva, en el que se establecía que si no se alcanzaban los objetivos de venta establecidos en el contrato durante tres meses consecutivos, se habilitaba para la resolución del mismo y sin indemnización. C, S. A., resuelve el contrato el 28 de febrero de 1990 al no obtenerse dichas ventas y es demandada en Primera Instancia por incumplimiento de contrato de agencia por tiempo determinado y reclamando las indemnizaciones por falta de aviso, clientela, así como inversiones no amortizadas y despidos.

Formulada demanda de reconvencción por C, S. A., declarando ajustada a derecho y al contrato suscrito la resolución del mismo y sin ninguna indemnización, el Juez de Primera Instancia desestima la demanda y estima en su integridad la reconvencción. La S fue recurrida en apelación por la representación de don L. B. P. y desestimada en su integridad por la Audiencia Provincial. El TS igualmente desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—En la S que nos ocupa, el TS viene a reiterar su doctrina con respecto a dos aspectos de la resolución de los contratos de distribución en exclusiva y de los contratos sinalagmáticos, en general: en primer lugar, mantiene la posible resolución unilateral de estos contratos (STS de 23 de julio de 1993 y las en ella mencionadas); buscando la objetivación del incumplimiento resolutorio declara, en segundo lugar, como jurisprudencia de la Sala y abandonando la reiteradísima jurisprudencia mantenida anteriormente, que es suficiente la frustración del fin del contrato, sin que sea necesario exigir la «voluntad deliberadamente rebelde» del contratante incumplidor.

En virtud de la autonomía de la voluntad que asiste a los contratantes, éstos fijaron en el contrato cuándo se entenderá que se ha producido el incumplimiento así como la no indemnización del mismo. La falta de obtención del resultado es entendida por el TS como justa causa de resolución del contrato (en igual sentido, la S de 23 de julio de 1993). (R. D. O.)

55. Contrato de cuenta corriente. Carácter atípico.—«Dentro de los hoy llamados contratos “bancarios” [...] el contrato de cuenta corriente es en el Derecho español una figura atípica, que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado “Servicio de Caja”, encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión» (FD 3.º, apart. 1.º).

Cuentas bancarias indistintas. Atribución dominical. No se presume.—«No cabe presunción ni de titularidad dominical, ni de atribución por mitades o partes iguales, pues ello se relega a la prueba dentro de las relaciones internas entre los titulares bancarios» (FD 3.º, apartado 3.º). (STS de 19 de diciembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—«D. E. F. de L. falleció [...] el día 26 de abril de 1989 bajo testamento otorgado ante Notario el día 25 de abril de 1989, acreditando la cualidad de heredero a (su hermana) la demandante doña E. F. de L. (y a sus otros cuatro hermanos) entre quienes reparte los bienes inmuebles que tenía en su propiedad.

Pero además [...] tenía una serie de cuentas bancarias [...] que dona a su sobrino [...] el mismo día en que otorgó testamento, donación que realiza verbalmente y que (tres de los cinco hermanos) reconocen como válida.» (L. F. L.)

56. El procedimiento del artículo 38 LCS sólo es aplicable cuando es la cuantía de indemnización la cuestión debatida.—Es doctrina jurisprudencialmente aceptada que el procedimiento de determinación pericial de la cuantía de indemnización del artículo 38 LCS sirve a efectos de darle celeridad a la fijación cuantitativa de los siniestros producidos, no teniendo cabida entonces en aquellos siniestros en los que la cuestión debatida o planteada no es la del montante de la indemnización, sino la procedencia o improcedencia de la misma. Por lo tanto, la negativa a la cobertura del siniestro, por entender que el mismo fue provocado, no permite la aplicación de los trámites regulados en el cuestionado artículo que servirá únicamente para aquellos siniestros en los que las partes no se pongan de acuerdo en el importe y la forma de la indemnización.

La presunción como medio probatorio.—No cabe censura a la resolución del Tribunal en base a su convicción integrada con el medio probatorio de sus presunciones.

La valoración hecha por el Tribunal de instancia de que al no haberse podido determinar cómo se originó el incendio resulta obligado presumir que fue fortuito, no es condenable, en cuanto que el dolo en ningún caso se presume y que la presunción constitucional de inocencia opera en todas las ramas del ordenamiento, asimismo, como también en el ordenamiento jurídico civil debe presumirse buena fe. En este sentido, el ejercicio del derecho probatorio de presunciones hecho por el Tribunal no puede encajarse con el regulado por los artículos 1214, 1218, 1232 y 1249 ss. CC, de los que se alega como vulnerados en cuanto a valoración de la prueba.

Tampoco, entiende el TS, se puede presumir dolo o culpa grave a la hora de no haber proporcionado la parte demandante toda clase de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, que supondría, como establece el artículo 16 LCS, la pérdida del asegurado del derecho a la indemnización, en cuanto que el dolo y culpa grave, como reiteradamente ha manifestado, no cabe presumirlos, sino que deben quedar probados, no habiéndolo sido en el supuesto de referencia.

Los intereses del artículo 20 LCS empezarán a generarse a raíz de que se determine la existencia de un derecho a ser indemnizado.—El recargo del 20 por 100 anual que nace legalmente del artículo 20 LCS no se puede considerar generado antes de la sentencia de casación, en la que se concreta el reconocimiento definitivo de la indemnización cuantificada y liquidada. Hasta el fallo de la sentencia en casación, existía litigio entre las partes sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización, lo que conduce a la Sala a argumentar que no cabrá imponer ni tan siquiera un recargo a las aseguradoras sobre un importe mínimo que exige abonar según el artículo 18 LCS, de una cantidad de la que aún no se había fijado su existencia. Como acertadamente declara el Tribunal «... en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no existe responsabilidad para su cobertura es evidente que hasta que ello no se constate no podrá indicarse que acontezca la mora por parte del asegurador y del efecto agravatorio del recargo.» (STS de 4 de septiembre de 1995.)

HECHOS.—Don J. V. L. presenta demanda contra las aseguradoras: «Sociedad Catalana Occidente, Cía., S. A.»; «Lepanto, S. A.»; «Comercial Unión Assurance Company Plc.»; «Banco Vitalicio de España»; «Centro Hispano de Aseguradores y Reaseguradores 1879, S. A.»; «C. H. A. S. Y. R. 1879»; «Royal Insurance Public Limited Company»; «Mutua de Seguros Sabadell»; «Aurora Polar S. A.»; «Unión Popular de Seguros», y «Plus Ultra», en reclamación de los daños ocasionados por incendio en el edificio donde se situaba el negocio. El Juzgado de Primera Instancia falló desestimando el *petitum* del demandante. Don J. V. L. interpuso recurso de apelación, estimándose parcialmente y condenando a las aseguradoras al pago de la cantidad de 38.000.000 más los intereses de 16.990.180. Las partes presentan sendos recursos de casación, siendo estimado parcialmente el interpuesto por las aseguradoras y desestimado en su totalidad el interpuesto por la parte demandante. (E. M. O.)

57. Patentes. Caducidad.—La caducidad de una patente de invención por falta de explotación, puede ser evitada bien mediante la puesta en práctica de la misma, bien mediante el ofrecimiento de licencias para su explotación en el Registro de la Propiedad Industrial, dentro del término legal de tres años, de acuerdo con el artículo 97 del Estatuto de la Propiedad Industrial, texto refundido aprobado por Real Decreto-ley de 30 de abril de 1930, que es la normativa aplicable al caso enjuiciado.

Dies a quo para el cómputo de la caducidad de una patente por falta de explotación.—El *dies a quo* a partir del cual ha de contarse el referido plazo es el de la notificación de la concesión o, en otro caso, el de la publicación de la misma en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 del citado Estatuto de la Propiedad Industrial y en el artículo 83 de la vigente Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986.

Patente de invención y patente de introducción.—La demandada, recurrente en casación, alega que al haber solicitado la demandante una patente de invención en Alemania el 22 de julio de 1970, y después en España el 22 de julio de 1971, ésta debía haber pedido y debía haberle sido concedida una patente de introducción, lo cual determinaría que la misma hubiera caducado a los diez años.

El TS desestima el motivo en base a dos consideraciones en primer lugar, que dicho motivo constituye una cuestión totalmente nueva, no planteada ni debatida

en la instancia, cuyo planteamiento *ex novo* está prohibido en casación, al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa; y, en segundo lugar, porque de acuerdo con los artículos 51 del Estatuto de la Propiedad Industrial y 28 de la vigente Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, la solicitud de una patente de invención en alguno de los países de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial, no impide que pueda solicitarse la misma patente de invención en otro de los países de dicha Unión, gozando para ello del derecho de prioridad de doce meses, establecido en el artículo 4 del Convenio de la Unión de París. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 24 de enero de 1974 se concedió a la demandante una patente de invención, no consta la fecha de notificación, si bien dicha concesión fue publicada en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* el día 1 de agosto de 1974.

Desde el día 8 de febrero de 1977 hasta el día 10 de septiembre de 1987, la empresa titular de la patente presentó anualmente oferta de licencias.

Entre otros pedimentos, se solicita por la demandante que sea declarada la violación de su patente de invención, y que se condene a la demandada al cese inmediato de la producción y comercialización de los productos elaborados, lesionando su derecho, y que se le indemnice de los daños y perjuicios sufridos por la explotación sin título, ni autorización, de los objetos infractores de dicha patente.

Se desestima la demanda en Primera Instancia, por entender que la patente de invención estaba ya caducada. La Audiencia Provincial de Bilbao estima el recurso interpuesto por la demandante, al considerar que no se había producido la caducidad de la patente. (*M. I. M. P.*)

58. Modelo de utilidad. Novedad.—El «requisito de la novedad, doctrina recogida en la Sentencia de 12 de junio de 1986 (implica) “que no puede considerarse como nuevo y, por tanto, protegible” lo que sea de dominio público, “pero sin que esta circunstancia suponga tampoco la imposibilidad de obtener nuevos modelos de utilidad que, aún basándose en otros anteriores, caducados o no, aporten ese beneficio, economía o mejoramiento a que se refiere el artículo 171 del Estatuto”» (FD 3.º).

Novedad de modelo de utilidad. Vía procesal pertinente.—«La apreciación de la falta de novedad (es una cuestión de hecho), sólo combatible en casación por el número 7 del artículo 1692 de la Ley riuaria» (FD 3.º). (STS de 13 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—«La entidad mercantil IL, S. A., formuló demanda contra los “Talleres TM, S. L.”, en razón de estimar violados por ésta los derechos derivados de la titularidad registral que ostenta la actora sobre el modelo de utilidad número 266.261 [...] y solicitaba en el suplico de su demanda sentencia en la que se declarase: “a) La cesación inmediata de los actos de violación del derecho de mi representado. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) La nulidad del modelo de utilidad de que es titular TM, S. L., haciendo publicar dicha nulidad en los registros oportunos”». La demandada alegó por vía de excepción la nulidad total del modelo de utilidad de la actora, frente al propio con número 286.857. El Juzgado de Primera Instancia dicta

sentencia parcialmente estimatoria, declarando la nulidad del modelo de utilidad de la demandada. Confirmada íntegramente en apelación, es recurrida en casación, entre otros motivos, por infracción de los artículos 180.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial y 145 de la Ley de Patentes. La falta de prueba sobre la novedad del modelo declarado nulo en la instancia provoca que no haya lugar a la casación. (L. F. L.)

59. Acción cambiaria. Intereses.—Por lo que respecta a «la infracción (que se denuncia) de los artículos 1100, 1101 y 1108 CC en cuanto al pago de intereses [...], las consecuencias que en este aspecto se derivan del principio *in illiquidis non fit mora* han sufrido una importante modificación en la doctrina de esta Sala, introduciéndose importantes matizaciones, especialmente en las deudas dinerarias. En las SS de fechas 5 de abril de 1992, 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras, se sienta la siguiente doctrina: “[...] la completa satisfacción de los intereses del acreedor exige que se le abonen los intereses (de la deuda reclamada) aun cuando fuese menor de la (suma) por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial”» (FD 3.º). (STS de 9 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—«Se refiere el presente litigio a una reclamación de cantidad efectuada por la entidad B, S. A. frente a don C. V. N. y a don R. V. L. O., ejercitando una acción cambiaria en vía declarativa, derivada de (unas) letras de cambio en la que los demandados habían actuado como avalistas, por un importe global de 13.038.589 pesetas de principal, y otras 7.662 pesetas de gastos de protesto». Se pretende además el pago de los intereses correspondientes desde la fecha del protesto. (L. F. L.)

DERECHO PROCESAL

60. Los intereses de la suma a cuyo pago se condena judicialmente comenzarán a devengarse desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia.—Es doctrina de esta Sala muy reiterada en el sentido de que sólo fue exigible en su exacta cuantía fijada judicialmente cuando la determinó el Tribunal y entonces los intereses sólo pueden reclamarse, en el supuesto contemplado desde la fecha de la sentencia, y no, como se dice, desde la interpelación judicial (SS de 15 de mayo y 1 de octubre de 1991, 11 de febrero y 9 de junio de 1992, 27 de junio de 1993 y otras). Criterio continuado por las sentencias de 27 de febrero de 1994 y 16 de febrero de 1995; sin que pueda dudarse que en el supuesto ahora debatido ha sido preciso un pleito para fijar la cantidad debida lejos de todo automatismo, sin que aparezca enriquecimiento injusto por parte del deudor y fijada en la sentencia de segunda instancia, de carácter declarativo de condena, no meramente declarativa, como en los casos contemplados por las SS de 18 de febrero y 21 de marzo de 1994. (STS de 26 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda sobre la reclamación de cantidad, solicitando el pago de un capital, así como de los intereses de dicho principal y de las costas. Admitida a trámite la demanda, fue contestada por la parte demandada, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, por la que estima parcialmente la demanda interpuesta, condenado al pago de una cantidad, más los intereses del mismo desde

el momento de la interpelación judicial, absolviéndole del resto de los pedimentos. Se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Palencia confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia. Admitido recurso de casación, el TS casa la sentencia dictada en apelación, anulando únicamente el pronunciamiento relativo al pago de los intereses, que comenzarán a devengarse desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia; quedan, por tanto, subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. (A. I. H. O.)

61. Necesidad de cumplimentar la condena pecuniaria con los intereses y la fecha de su devengo.—En la segunda instancia se revocó en parte la sentencia de la primera, al no haber estimado los conceptos indemnizatorios peticionados, sin que la Audiencia hubiera hecho uso del arbitrio que el precepto procesal 921 establece, ni decidir sobre los intereses y fecha de producción de los mismos, con lo cual se ha de casar la sentencia recurrida, por la necesidad de cumplimentar el fallo condenatorio con la integración del abono de los intereses de referencia y fijación de la fecha de su devengo en relación a la suma definitivamente concretada en la segunda instancia y hasta su cumplido pago, conforme ha tenido ocasión de declarar esta Sala en SS de 30 de diciembre de 1991, 12 de noviembre de 1993 y 18 de marzo de 1993, que cita las precedentes de 12 de marzo de 1991 y 11 de febrero de 1992.

Validez de la sentencia que hace líquida la cantidad indemnizatoria.—Aunque el artículo 360, en relación al 932, de la Ley Procesal civil autoriza a los Tribunales a fijar las bases con arreglo a las cuales deberá hacerse la liquidación de la cantidad de daños y perjuicios, ello requiere la premisa de haberse producido declaración judicial sobre la efectiva concurrencia de los mismos y su certeza, mediante corroboración probatoria y aceptación por la Sala sentenciadora, lo que no ha sucedido en este caso, como queda explicado, pues se estableció un límite máximo (17.415.601 ptas.), a la indemnización postulada por la entidad que recurre.

Limitación del alcance probatorio de actas notariales y documentos públicos.—Las actas notariales, conforme reiterada y mantenida doctrina jurisprudencial (SS de 19 de septiembre de 1987, 20 marzo, 18 y 19 de diciembre de 1991 y 12 de julio de 1993), carecen de toda garantía de contradicción y no acreditan la verdad intrínseca, por lo que no se les otorga carácter de documento literosuficiente y apto para con su apoyo llevar a cabo crítica casacional impugnatoria de la decisión del Tribunal de la instancia. Asimismo, los documentos que puedan reputarse públicos no tienen por sí consideración de prueba en plenitud, para relevar a los Tribunales de apreciación en valoración y relación con los demás instrumentos probatorios aportados, en cuanto a lo que integra su propio contenido, de tal manera que tampoco sirven para enervar la valoración probatoria conjunta del órgano judicial competente, ya que lo único que vincula es la fecha y el hecho del otorgamiento del documento (SS de 12 de febrero de 1991 y 10 de octubre de 1992).

No cabe apreciar falta de litisconsorcio pasivo necesario en las obligaciones solidarias.—La solidaridad impide la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario, al constituir regla y norma, máxime cuando las responsabilidades, excepto la que se atribuyó a Aguas Municipales de Vitoria-Gasteiz, S. A., no se presentan individualizadas ni suficientemente diferenciadas en relación a darse pluralidad de sujetos (SS de 23 de marzo y 7 de julio de 1986, 11 y 31 de octubre de 1991, 21 de abril y 30 de septiembre 1992).

Existencia de nexo causal.—Los recurrentes, por razón de la nueva conducción, debían de haber previsto la posible utilización de la antigua —cuyo abandono para su uso le era obligatorio—; para ello, resultaba como medida más eficaz haber procedido a su inutilización total, mediante la realización de las obras y adopción de las medidas necesarias, lo que no llevaron a cabo y les incumbía, al tratarse de instalación anterior, con lo que dejaron abierta, acusando notoria negligencia, la posibilidad previsible de que se creara riesgo permanencial, generador de daños por inundación, dado el descontrol que de esta manera se instituyó, pues así el agua podía discurrir libremente y desbordarse al no estar debidamente dirigida y verificada por los mecanismos de control en desuso y no debidamente clausurados y cuyo abandono venía a acentuar el peligro que se dejó de esta manera bien patente, pues no fue atajado en la forma más correcta y eficaz, sobre todo en lo que afectaba a la desconexión con la red general o, al menos, en el tramo en que llevaba el agua a la finca de los recurrentes, lo que agravó la obra realizada de acometida al depósito. (STS de 30 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se enjuicia un daño de origen extracontractual, consistente en inundación causada por el abandono negligente de una antigua conducción de aguas, imputando el 50 por 100 de la responsabilidad a la empresa municipal de aguas y el otro 50 por 100 a los copropietarios de la finca beneficiaria de la instalación. El TS acogió el recurso de casación interpuesto por uno de los recurrentes, la entidad perjudicada, ampliando la condena a los intereses legales desde la fecha de la sentencia de apelación, y rechazando el recurso formulado por dos de los responsables. (L. F. R. S.)

62. Error judicial. No procede su declaración en los supuestos en que la decisión judicial sea subsumible en una de las interpretaciones posibles de las normas jurídicas.—El TS desestima la existencia de error judicial, considerando que para su apreciación es preciso la existencia de equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos, o en la interpretación y aplicación de la ley, generando una resolución esperpéntica y absurda, que rompa la armonía del orden jurídico; el derecho que los justiciables tienen a que se declare la existencia de un error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia, ni sustituir la función revisora del recurso de casación, ni desconocer la santidad de la cosa juzgada, por lo que sólo cabe su declaración, cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido materia del debate, y sin que puedan ser objeto de ataca conclusiones que no resulten absurdas, arbitrarias, ilógicas o basadas en normas inexistentes, o entendidas fuera de su sentido o alcance.

La tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial en las decisiones. No es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden que es el que origina el deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del juzgador. (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la inaplicación por parte de la Audiencia del artículo 262.5 del texto refundido de la LSA, aprobado con fecha 22 de diciembre de 1989, justificando su decisión en la normativa derivada de la disposición transitoria tercera y el artículo 2.3 CC, los demandantes alegan la existencia de un error judicial. (M. I. M. P.)