

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **José María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Montserrat VERGUÉS VALL-LLOVERA.**

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derecho al honor y libertad de información. Para que este derecho prime sobre el anterior es preciso que verse sobre hechos noticiables de trascendencia pública y que sean veraces, sin que la veracidad deba entenderse en un sentido absoluto, sino como el esfuerzo especialmente diligente por contrastar la información. El demandante, preso interno en la cárcel en cuestión, no puede considerarse como «persona pública» obligada por sus funciones a soportar mayores injerencias en su derecho al honor.–El primero de los motivos articulados denuncia indebida aplicación de la norma contenida en el párrafo 7.º del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el número 1.º del artículo 18 y el apartado b) del número 1 del artículo 20 CE y doctrina de la Sala y del TC aplicables. Sustancialmente se ataca la sentencia *a quo* en cuanto no aprecia la concurrencia, en la noticia publicada y en relación con el demandante, del requisito de veracidad.

Refiriéndose a las circunstancias a considerar en el juicio ponderativo entre el derecho al honor y el derecho a la libre comunicación de información, dice la S 132/1995, de 11 de septiembre, del TC, que «2.ª) Tratándose, más específicamente de la libertad de información, su correcto ejercicio exige que verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables, y que la información facilitada sea veraz. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre el derecho al honor de

los afectados por la información, en tanto en cuanto ésta se halla en la base de una sociedad democrática (SSTC 178/1993, 41/1994 y 320/1994, entre las más recientes); 3.º) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como la persona objeto de la información, puesto que las personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública deben soportar un cierto mayor riesgo de inferencia de sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular su difusión por un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, 105/1990, 17/1990, 172/1990 y 15/1993, entre otras); 4.º) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas)». Determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si sus actuaciones sitúa fuera del campo de actuación del mismo (SSTC 139/1995 y 6/1996), diciendo esta última que a este respecto, el Tribunal ha precisado que, en este contexto, la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia de búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de constatar debidamente la información. Por esta razón, en la STC 320/1994 (FJ 3.º) se declaró que la veracidad de lo que se informa «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda contestación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado», doctrina que se reitera en la STC 144/1998, de 30 de junio, resaltando que cuando «se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, ..., el deber de diligencia para constatar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor».

En el caso, no cabe duda que los hechos atribuidos al demandante en el reportaje en cuestión, su participación en la comercialización de droga dentro de la prisión, por el carácter delictivo de esos hechos, objetivamente colma el tipo descrito en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, sin que pueda desconocerse, por otra parte, el interés público de la materia sobre la que versa el artículo periodístico; no puede aceptarse, como pretenden los recurrentes, que el actor tenga la consideración de persona pública al verse implicada en los hechos que se relatan en la información publicada.

No acredita suficientemente la actividad investigadora de la verdad por parte del periodista el hecho de que hubiera un informe interno de la institución penitenciaria acerca del tráfico de drogas en la cárcel, en el que no se menciona específicamente al demandante, que estaba allí internado.—Se afirma por los recurrentes que el informe en que se basó el reportaje, aunque posteriormente fue desmentido por la Dirección General

de Instituciones Penitenciarias, fue investigado y contrastado por el investigador; el referido informe, unido a los autos a los folios 207 a 211, trata del «movimiento interior de droga y sustancias estupefacientes en el interior del establecimiento» y está emitido por la Jefatura de Servicio del Establecimiento Penitenciario de Preventivos Madrid Uno; en dicho informe no se menciona en ninguno de sus apartados al demandante, Mahmoud A. A., ya que el único nombre árabe que aparece es el de Mohama (falta al parecer alguna letra en la fotocopia que sirve de testimonio de ese documento) y, no habiéndose acreditado que tal nombre haya sido usado por el demandante; no se ha aportado a los autos prueba alguna que acredite la actividad investigadora del periodista a través de la cual constató la intervención del demandante en el tráfico de drogas en el interior del establecimiento penitenciario sin que sea bastante para acreditar esa pretendida veracidad el que Mahmoud A. A. estuviera allí internado, bien en prisión preventiva o cumpliendo la pena de prisión que le había sido impuesta como autor de un delito contra la salud pública. En consecuencia, la Sala sentenciadora de instancia no ha infringido los preceptos que se citan en el motivo que ha de ser desestimado.

La retirada, tras la publicación de la noticia lesiva de su honor, de una oferta de trabajo hecha al demandante mientras estaba interno no puede tenerse en cuenta para fijar la indemnización por daño moral, si no consta su absoluta relación con la intromisión ilegítima.—El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 obliga a atender a las circunstancias del caso para determinar la indemnización reparadora del daño moral causado por la intromisión ilegítima; en el caso, esa pretendida pérdida de un puesto de trabajo por el demandante por consecuencia de la información periodística a él referida no resulta objetivamente acreditada, sino que es fruto de una apreciación arbitraria por los Juzgadores de la instancia de las manifestaciones de un testigo; no es lógico que este testigo, conociendo, como afirma, al actor desde el año 1985, conociendo que su ingreso en prisión obedecía a su conducta por un delito contra la salud pública, le ofrezca un trabajo mientras permanece interno y retire su oferta al conocer la imputación que se le hace en el reportaje periodístico en cuestión; es por ello por lo que no puede tenerse en cuenta para fijar la indemnización tal circunstancia y debe, por tanto, acogerse este motivo del recurso y, en funciones de instancia, fijar el monto de la indemnización en quinientas mil pesetas. (STS de 4 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El periodista autor de un reportaje sobre la difusión de drogas en la cárcel y el Director del semanario donde se publicó son demandados por un interno al que se aludía en la noticia como «encargado de comercializar la droga». La sentencia del Juzgado de Primera Instancia entendió existente la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a los demandados a publicar la sentencia con los mismos caracteres y en la misma página de la revista en que se publicó la noticia lesiva y a pagar dos millones de pesetas en concepto de indemnización por daño moral. La sentencia de apelación confirmó la del Juzgado, por lo que los demandados recurrieron en casación ante el TS, que declara haber lugar parcialmente al recurso y modifica la cuantía de la indemnización. (M. C. B.)

2. Derechos al honor y a la libertad de información. Para que este derecho prime sobre el anterior es preciso que verse sobre hechos noticiables de trascendencia pública y que sean veraces, sin que la veracidad deba entenderse en un sentido absoluto, sino como el esfuerzo especialmente diligente por contrastar la información.—Es reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial la de que, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y el de libertad de información, todos ellos de proclamación constitucional (que impide fijar apriorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo) para que pueda declararse la prevalencia de la libertad de expresión o de información sobre el derecho de protección al honor han de concurrir dos ineludibles requisitos: que la información transmitida verse sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, y que la expresada información sea veraz, entendiéndose concurrente este segundo requisito, aunque el hecho transmitido resulte inexacto, cuando aparezca observado o cumplido el deber de comprobar o contrastar su veracidad, con datos objetivos, mediante las oportunas averiguaciones, propias de un profesional diligente. Por lo que respecta al concreto objeto de este proceso (afirmación expresa de que cuando ocurrió, en el Hospital de «La Paz» el accidente mortal de los quirófanos infectados con hongos, el gerente de dicho Hospital era don José Luis T. M.) no concurre el segundo de los expresados requisitos, no sólo porque, como declaran probado las coincidentes sentencias de la instancia, la referida afirmación expresa es totalmente inveraz, sino porque (como también lo declaran probado) no se ha acreditado que el periodista codemandado (autor del artículo periodístico) desplegara la más mínima diligencia orientada a contrastar o comprobar, con datos objetivos, la veracidad de dicha afirmación (ser el actor Sr. T. M. el gerente del Hospital «La Paz» en la fecha de ocurrencia de dicho accidente mortal), cuyos hechos probados han de ser mantenidos incólumes en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuados por medio impugnatorio adecuado para ello.

Es cierta la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe extraer de un texto periodístico alguna frase o párrafo para considerarlos, por sí solos, atentatorios al honor de una persona, pero su aplicación al caso no es procedente.—Los recurrentes vienen a sostener que, con base en la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que citan, no cabe extraer de un texto periodístico alguna frase o algún párrafo para considerarlos, por sí solos, atentatorios al honor de alguna persona.

El expresado motivo ha de ser desestimado, ya que, siendo cierta la doctrina jurisprudencial (correctamente entendida) que invocan los recurrentes, la misma carece de aplicación a este supuesto litigioso, en el que no se ha hecho extrapolación de frase ni de párrafo alguno, sino que se ha tenido en cuenta la imputación que, dentro de un artículo periodístico referente a otro tema (recompensa con una cantidad de dinero a los médicos del Hospital que obtuvieran órganos para trasplantes), se hace al actor Sr. T. M. de ser el gerente del Hospital «La Paz» cuando ocurrieron las muertes de varios menores por infección de los quirófanos por hongos, cuya imputación, que tiene plena autonomía dentro del referido artículo periodístico, es totalmente atentatoria al honor del Sr. T., por inveraz, ya que el mismo no era el gerente de dicho Hospital cuando ocurrieron los referidos hechos, sin que el autor del artículo periodístico (hemos de volver a decir) desplegara la más mínima diligencia

para comprobar quién era el gerente en la fecha de ocurrencia de tales hechos. (STS de 13 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El periodista autor de un artículo, el Director del periódico donde su publicó y la editora del mismo, son demandados por intromisión ilegítima en el honor de un señor al que, en dicho artículo, se le imputaban responsabilidades en la muerte de unos niños por infección en los quirófanos de un conocido hospital, por desempeñar negligentemente su puesto de gerente del mismo, cuando en el momento en que ocurrieron los hechos, el aludido no desempeñaba tal función. El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia íntegramente confirmada por la Audiencia Provincial, estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a la publicación y fallo de la sentencia en un lugar destacado del periódico y con tratamiento tipográfico preferente, así como a pagar un millón de pesetas en concepto de indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de apelación. (M. C. B.)

3. Derecho al honor y la libertad de información. No es «reportaje neutral» aquel que no se presenta al público como mero transmisor de una noticia dada por otro periódico nacional, sino haciendo suya la información vertida.—La parte ahora recurrente trata de justificar su actuación aduciendo que la misma se haya (*sic*) enclavada dentro de lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de «reportaje neutral» o «información neutral». Teoría que tiene su base en la jurisprudencia del TS norteamericano que ha creado la figura del *neutral reportaje doctrine*, que parte de la base de un reportaje que recoge unas declaraciones u opiniones, sin que por el informador se exprese o haya valoración alguna, lo que ya, por sí, indica una situación del derecho a la información que no puede ser limitado *per se* con base a una supuesta infracción al honor. Y así se proclama, además, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986, casos Handyside y Lingens, respectivamente.

Pero en todo caso y en principio, para el presente supuesto, hay que decir con base al marco fáctico, que el mismo nunca podrá servir de sustento a la aplicación de la doctrina del reportaje neutral desde el instante mismo que el reportaje del periódico *Alerta* no fue dado a sus lectores una actuación como mero transmisor de una noticia dada por otro diario nacional, ya que no lo reconoce en momento alguno, y además el artículo publicado por el diario *El Mundo* se hizo en el número del mismo día en que apareció en *Alerta*, lo que hacía surgir, por añadidura, la imposibilidad de remisión a aquel artículo de *El Mundo*.

El derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando, en cada caso concreto es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que trata o por las personas que en ellas intervienen.—Sobre este tema esta Sala tiene construida una sólida y pacífica doctrina jurisprudencial basada no sólo en las sentencias del TC sino en la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La cual puede resumirse casi telegráficamente de la siguiente manera; el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando, en cada caso concreto es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés

general por las materias sobre las que trata o por las personas que en ellas intervienen.

No cabe lugar a duda que las personas que intervienen están dentro del área de lo público —esposas de miembros de la cúpula judicial cántabra— y que el asunto sobre el que versa es de interés general —tráfico de «dinero negro»—.

Por lo tanto corresponde determinar si en el presente caso surge el requisito constitucional de la necesidad de la información.

Ante todo hay que decir que dicho requisito de veracidad no se halla ordenado a procurar la concordancia exacta entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, sino que, más bien, se dirige a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida. Pero además, es preciso, hacer constar que fuera del área del «reportaje neutral» —es este el caso—, cuando se trata de una información asumida por el medio y su autor como propia —también es este el caso—, el deber de diligencia para constatar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor. Y en este sentido se habla en la sentencia del TC, de 30 de junio de 1998, cuando en ella se afirma «que tratándose de un reportaje elaborado y asumido como propio por “P”, el requisito constitucional de veracidad de la información contenida en el mismo no admite un tratamiento atenuado mediante su equiparación con un supuesto de “reportaje neutral” en sentido estricto, en los que el medio se limita exclusivamente a reproducir la información facilitada por otros».

Pues bien, y ya en el campo de centralización del tema, hay que decir que el actor del reportaje en cuestión no hizo la más mínima gestión ni el más mínimo esfuerzo en constatar unos hechos que había transcrito literalmente, sin citar, se vuelve a repetir, la fuente informativa, sobre todo cuando le constaba que una de las afectadas había desmentido tajantemente la noticia.

A lo que hay que añadir que ninguna de las imputaciones que se reprochan a las partes recurridas, han sido demostradas o averdadas por la prueba practicada en autos, quedando demostrado, al contrario, que todos los movimientos de fondos que se les imputaban eran inexistentes. (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor a la Dirección de un periódico en que se había publicado una noticia según la cual ella había participado en operaciones de tráfico de dinero negro. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la parte demandada a publicar su sentencia en los mismos lugares del periódico y con los mismos caracteres tipográficos utilizados en la publicación originaria y a pagar cuatro millones de pesetas en concepto de indemnización. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, cuya resolución fue recurrida en casación, a la que declara no haber lugar el TS. (*M. C. B.*)

4. **Derecho al honor.** El honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, de forma que tal concepto presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo que deben conciliarse y ponderarse en cada caso.—El concepto del honor, pro-

cedente de la dogmática y partiendo del texto legal (art. 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, texto formalmente cambiado hoy, no en el tiempo de los hechos de autos) deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás.

Siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SS de 24 de octubre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990).

La calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991).

No debe exigirse una veracidad absoluta en una noticia cierta de interés y relevancia general: no constituyen intromisión en el derecho al honor las inexactitudes que no alteran la veracidad esencial del hecho.—La noticia que tiene interés y relevancia general y que es veraz no produce intromisión en el derecho al honor; el interés y la relevancia alcanza en este caso a la explicación de un hecho político o de una tramitación parlamentaria de ley o de unos avatares en el Parlamento; la veracidad no es preciso que sea absoluta: en hechos que una persona estima que atentan a su honor, que son ciertos, caben inexactitudes parciales que no afectan al fondo, es decir, que no debe exigirse una veracidad absoluta y total; sí que la esencia del hecho sea veraz, aunque contenga inexactitudes (lo que destaca por la jurisprudencia desde la S de 4 de enero de 1990).

Es imprescindible la valoración del contexto, de las circunstancias del caso y de los usos sociales, para apreciar una posible violación del derecho al honor.—Tiene importancia el contexto y las circunstancias de cada caso para apreciar el posible atentado al derecho al honor, lo que siempre ha destacado la doctrina, ha reiterado la jurisprudencia (desde la S de 7 de septiembre de 1990) y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica citada al decir que la protección del honor se delimita por los usos sociales y en el presente caso, la explicación de unas circunstancias políticas en la tramitación y promulgación de una ley especialmente importante, no permite apreciar que se ataque al honor. (STS de 24 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Un parlamentario balear demanda al Parlamento balear y al periodista que había escrito cierto capítulo de un libro editado por dicho Parlamento, en el que, narrando los avatares políticos de la elaboración y promulgación de la Ley autonómica de Espacios Naturales, se afirmaba que el demandante había propiciado una situación tensa al acusar a otros parlamentarios de haber alterado los límites de las zonas creadas en dicho proyecto de ley por el demandante. Ambas sentencias de instancia desestimaron la demanda, en tanto que el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de apelación. (M. C. B.)

5. Derecho al honor. La existencia de responsabilidad civil derivada de una violación del derecho al honor con base en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no es una responsabilidad objetiva, sino que requiere junto a la antijuridicidad de la conducta, la culpabilidad del agente.—Si bien no falta quien desde la doctrina científica cree ver en la presunción de existencia de perjuicio, contenida en el artículo 9.3, un argumento para la objetivación de la responsabilidad civil regulada en la Ley Orgánica 1/1982, sin embargo, la muy elaborada doctrina del TC acerca de la posible colisión entre derecho al honor y derecho a comunicar libremente información veraz, en cuanto ha tratado reiteradamente del deber de diligencia del informador en relación con el alcance del requisito de la veracidad de la información, no parece permitir que la responsabilidad civil regulada por la Ley Orgánica 1/1982 pueda quedar dentro del radio de acción de la responsabilidad objetiva o por riesgo, cuyo reconocimiento en otros supuestos muy concretos por la jurisprudencia de esta Sala suele venir acompañado de constantes llamadas a la extrema cautela que ha de observarse en su apreciación.

Quiere decir esto último que, además del requisito de la antijuridicidad, será preciso que en la conducta del demandado como responsable civil de una intromisión ilegítima tipificada en la Ley Orgánica 1/1982 se aprecie culpabilidad en cualquiera de sus dos formas posibles, sea dolo como voluntad de dañar, sea culpa como imprudencia o negligencia, es decir, como inobservancia de la diligencia exigible al agente en función, de un lado, de la actividad en cuyo ejercicio se haya producido la denunciada intromisión y, de otro, de las circunstancias en que tal actividad se haya llevado a cabo.

Aunque la autorización administrativa de registro de una marca sin consentimiento del titular del nombre empleado no elimina de por sí la intromisión ilegítima en el derecho al honor, sí lo hace la falta de culpabilidad en quien agotó toda la diligencia exigible para asegurarse de no lesionar derechos de la personalidad ajenos.—Si bien la conducta de la cooperativa demandada no podía entenderse amparada por el consentimiento del titular del derecho fundamental, siquiera sea porque según el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 dicho consentimiento ha de ser expreso, ni tampoco por la concesión del registro de la marca, ya que la autorización administrativa no excluye de por sí la intromisión ilegítima, lo cierto y verdad es que dicha cooperativa observó la más exquisita diligencia antes de comercializar sus vinos con la marca «Marqués de Tosos» y, desde luego, nunca pudo tener el propósito de aprovecharse para fines comerciales ni publicitarios del nombre ni del título nobiliario de persona determinada alguna que pudiera ser titular del derecho o derechos fundamentales protegidos por la Ley Orgánica 1/1982. No existió, pues, en su conducta ni dolo ni culpa, porque antes de comercializar sus vinos con la citada marca agotó todos los medios exigibles para cerciorarse de que con ello no se inmiscuía en los derechos de la personalidad de otro. En definitiva, faltó por completo en la conducta que se le reprocha el elemento de la culpabilidad y, faltando este elemento, no puede considerarse dicha conducta como constitutiva de la intromisión ilegítima tipificada en el apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982.

El silencio puede equivaler a asentimiento cuando quien calla estaba obligado a manifestar su oposición según las exigencias de la buena fe o de los usos del tráfico. Atenta contra la buena fe quien, conociendo su existencia, no se opone al uso de una marca durante más de diez años.—A estos efectos es sumamente revelador el planteamiento que hace la recurrente

acerca del significado que cabe atribuir a su silencio cuando la demandada tramitaba la inscripción de la marca. Entiende la recurrente que en ningún caso ese silencio podría tomarse como aquiescencia («el que calla otorga») sino como puro y simple silencio («el que calla no dice nada»). Pero precisamente la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, al tratar del significado del silencio como declaración de voluntad, coinciden en que el silencio puede equivaler al asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según las exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (SS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 2 de febrero de 1990, entre otras). Y que esto es lo que sucedía en el caso examinado lo que demuestra el propio planteamiento de la recurrente: si fuera verdad que ésta se consideraba a sí misma «reencarnación» del primer Marqués de Tosos, o cuando menos poseedora del título desde 1925 sin solución de continuidad, la buena fe, su propia «nobleza» si se quiere, la obligaba a oponerse a la concesión del registro de la marca «Marqués de Tosos» en lugar de esperar diez años para promover contra la Cooperativa el proceso de que este recurso dimanara tras haber interesado la carta de rehabilitación del título en diciembre de 1987, es decir, más de cuatro años después de la publicación de la petición de registro de la marca en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. En suma, mientras la demandada se ajustó en un todo a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), no puede decirse lo mismo de la actora, entendida la buena fe como conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SS de 21 de septiembre de 1987 y 8 de julio de 1981), reforzándose así la ausencia de culpabilidad en aquella e incluso un resultado negativo en el juicio de desvalor del resultado de la conducta que se le imputa. (STS de 29 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1983 una cooperativa vinícola, tras haber hecho las gestiones oportunas en el Ministerio de Justicia y en el Ayuntamiento correspondiente para asegurarse de que nadie ostentaba desde 1925 cierto título nobiliario, inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial una marca formada por la denominación de ese citado título. Diez años después de la solicitud de inscripción, la demandante en ambas instancias y recurrente en casación, solicita y obtiene la rehabilitación del título nobiliario en cuestión y demanda a la cooperativa por utilizar sin su consentimiento su nombre en la comercialización de sus vinos. La demanda es desestimada en ambas instancias y tampoco prospera el recurso de casación interpuesto por la actora ante el TS. (M. C. B.)

6. Procedimiento de incapacitación. Inobservancia de trámites esenciales.—Según doctrina consolidada del TS (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 24 de mayo de 1991 y 30 de diciembre de 1995, entre otras), los trámites de audiencia a los parientes próximos del presunto incapaz y de examen de éste por el Juez (art. 208 CC) son esenciales. Dado que se trata de cuestiones de orden público y de trascendencia constitucional, su inobservancia puede ser apreciada de oficio.

Recurso de casación. Interposición.—No puede ser interpuesto recurso de casación por la parte cuyas pretensiones han sido totalmente estimadas en

la instancia. La posición procesal de ese sujeto tiene que ser, forzosamente, la de recurrido y no la de recurrente. (STS de 4 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el comportamiento psicótico de don G.S.F., que constantemente presenta denuncias carentes de fundamento contra diversas autoridades de la localidad en la que habita, el Ministerio Fiscal interpone demanda en la que se solicita la incapacitación de don G.S.F. para entablar acciones civiles o penales. Siendo estimada la demanda en primera instancia, don G.S.F. interpone recurso de apelación, que es desestimado. Frente a esta sentencia, interponen recurso de casación tanto don G.S.F., como el Ministerio Fiscal, este último solicitando la declaración de nulidad del proceso por conculcación de derechos fundamentales, al haber sido omitido en el proceso el trámite de audiencia a los parientes próximos del presunto incapaz. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El procedimiento de incapacitación, regulado anteriormente en los artículos 206 a 210 CC, se recoge en la actualidad en los artículos 756 a 763 LEC. (A. M. M.)

7. Vecindad civil: adquisición por residencia habitual.—Conforme a lo establecido en el artículo 14.5 CC la vecindad civil (de Derecho común o de Derecho especial o foral) se adquiere: *a)* por la residencia continuada durante dos años en un concreto territorio, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; *b)* por la residencia habitual y continuada en ese concreto territorio durante diez años, sin haber realizado el interesado declaración de voluntad en contra antes del transcurso de dicho plazo (el art. 225 RRC señala que en este último supuesto «el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure*»). (STS de 28 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don F.J.S. y doña C.P.R. contrajeron matrimonio en la provincia de Barcelona en 1964 (sin otorgar capitulaciones matrimoniales). Ambos contrayentes nacieron en la provincia de Córdoba, pero eran residentes en Cataluña desde hacía más de diez años.

En 1992 doña C.P.R. presenta una demanda con el fin de obtener la separación judicial de su matrimonio.

Por su parte, don F.J.S. interpone (también en el año 1992) una demanda contra su esposa, suplicando se declare, entre otras cosas, que el régimen económico que rige el matrimonio es el de la sociedad de gananciales y que determinados bienes que señala en la demanda son bienes gananciales. La demandada, doña C.P.R., se opone a la demanda, alegando que el régimen económico del matrimonio, al tener ambos cónyuges vecindad civil catalana, es el de separación de bienes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Málaga estima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la de primera instancia. (M. J. P. G.)

8. Doctrina del levantamiento del velo. Finalidad.—A través de esta doctrina se busca evitar un abuso de la figura de la persona jurídica. El infrac-

tor, que según la calificación del TS comete fraude de ley (SSTS de 16 de marzo y 24 de abril de 1992 y de 24 de febrero de 1995), trata de valerse de la independencia de la personalidad jurídica respecto de la física, y crea ficticiamente, en daño de los derechos o intereses ajenos, una persona jurídica como modo de eludir responsabilidades. Esta actuación fraudulenta se pone de manifiesto a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Doctrina del levantamiento del velo. Aplicación subsidiaria.—Si bien declara el TS que la doctrina del levantamiento del velo tiene un carácter subsidiario, no es contrario a esta interpretación jurisprudencial que tal doctrina sirva de apoyo y fundamento al ejercicio de una acción —que resulta estimada gracias a esta aplicación—, habiendo sido ejercitadas junto a ella otras que no alcanzan reconocimiento por el órgano judicial.

Persona jurídica. Autocontratación.—Existe autocontratación cuando el socio mayoritario de una persona jurídica, actuando como representante de la misma, contrata con otra persona jurídica diferente, de la que es socio único. En este caso, se produce una total confusión entre los intereses del socio único y la sociedad que lleva a calificar a esta última de mera ficción jurídica. (STS de 28 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.A.C., socia mayoritaria de *Comercial Oil, Sociedad Anónima* (entidad cuyo objeto social es la explotación de estaciones de servicios) arrienda la explotación de una estación de servicio a *Oil 2000, Sociedad Limitada*, entidad que comparte objeto social con la anterior y de la cual doña M.A.C. es titular del 99% de las acciones, socia constituyente y administradora única. En el contrato de arrendamiento interviene ella misma como representante de la arrendadora y como representante de la arrendataria.

Don J.M.S.C., socio de *Comercial Oil, Sociedad Anónima*, insta la nulidad del contrato celebrado, solicitando, entre otros pedimentos, el reintegro y devolución de los bienes y derechos cedidos con motivo del arrendamiento a *Oil 2000, Sociedad Limitada*. La demanda es estimada en primera instancia y el fallo es confirmado en apelación. Ante esta sentencia, doña M.A.C., *Comercial Oil, Sociedad Anónima*, y *Oil, Sociedad Limitada*, demandados en primera instancia, interponen recurso de casación que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Simulación absoluta o total.—La simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato pero en realidad no se deseaba que ese contrato tuviese vida jurídica, de manera que el contrato aparente no encubre ningún otro negocio jurídico. Esta situación se produce, por ejemplo, cuando se celebra una compraventa sin que las partes pretendiesen el cambio de cosa por precio.

Efectos de la simulación total.—La simulación produce que el contrato tenga una causa falsa y el contrato con simulación total sea nulo de pleno derecho, ya que le falta uno de los requisitos que exige el artículo 1261 CC para su validez. La apreciación o no de la existencia de simulación corres-

ponde a los juzgadores de instancia. (STS de 5 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia otorgó escritura pública de compraventa a favor de su hijo Bonifacio en 1990 por la que le vendía y transmitía determinadas fincas. El precio de compraventa era de un millón de pesetas pero no consta que el comprador entregase esa cantidad. Doña Antonia falleció en 1993, dejando dos hijos, don Gregorio y don Bonifacio. Don Gregorio interpuso demanda contra don Bonifacio y su esposa, solicitando que se le declarase, junto con su hermano, heredero abintestato y que se declarase la nulidad de la escritura pública de la compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial de Soria estimó parcialmente el recurso y declaró la nulidad de la escritura pública de compraventa. Los demandados interpusieron recurso de casación ante el TS, alegando que se había infringido el artículo 1261 CC porque se había declarado nulo un contrato que cumplía todos los requisitos que ese artículo exige. El TS desestima el recurso porque considera que la apreciación de existencia de simulación corresponde a los juzgadores de instancia y que la existencia de ese vicio implica la nulidad del contrato.

NOTA.—La sentencia considera que el contrato de compraventa es nulo por tener una causa falsa. Sin embargo, parece que el contrato tenía una causa (el *animus donandi* de doña Antonia) y, por tanto, que la compraventa encubría una donación. Como es sabido, el TS exige, para la validez de la donación disimulada, que cumpla el requisito de forma del artículo 633 CC. Respecto al cumplimiento de este requisito, el TS ha considerado en algunas sentencias que es válida la donación bajo la forma de escritura pública de compraventa (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 2 de noviembre de 1999), aunque la doctrina mayoritaria niega su validez (por ejemplo, STS de 24 de febrero de 1992). El supuesto que resuelve esta sentencia está relacionado con el otro requisito que el TS exige para la validez de la donación encubierta: que tenga una causa lícita. Como establece la STS de 5 de mayo de 1995, las donaciones disimuladas que pretendan defraudar los derechos legitimarios de los herederos tienen una causa ilícita y son nulas. Y si el contrato disimulado es nulo no se produce un supuesto de simulación relativa. (M. V. V.)

10. **Requisitos del error sustancial.**—El artículo 1265 CC prevé aquel supuesto en que ha habido un acuerdo de voluntades que deviene ineficaz porque ha habido error en alguna de las partes. Este artículo establece la nulidad del consentimiento viciado de error. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1266 CC, no es suficiente cualquier error para invalidar el consentimiento, sino que éste debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Quien alega el error debe probar su esencialidad y reconocibilidad, de manera que debe demostrar que no conocía un hecho concreto, lo que suponía un falso conocimiento de la realidad. También debe probar que ese desconocimiento no le era imputable y que no era excusable

(no era evitable mediante el uso de una diligencia media). (STS de 10 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Josefa, doña Alejandrina y doña Aurora, junto con otros herederos, prestaron su consentimiento en el acto conciliatorio celebrado para designar los contadores partidores que realizarían la partición de las herencias de sus padres. Doña Josefa, doña Alejandrina y doña Aurora interpusieron demanda solicitando se declarase la nulidad de la partición de los bienes. El Juzgado de Primera Instancia de Vigo desestimó la demanda. Las actoras recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, que desestimó el recurso. Interpusieron recurso de casación, alegando como motivo un error en el consentimiento prestado en el acto conciliatorio, ya que argumentaban que habían padecido un error en el conocimiento de las facultades concedidas a los contadores. El TS declara no ha lugar el recurso ya que considera que las recurrentes conocían con precisión el objeto del acto conciliatorio (nombrar los contadores partidores para la partición del caudal hereditario de sus progenitores) y, en consecuencia, no se cumplían los requisitos del error sustancial. (M. V. V.)

11. **Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.**—La jurisprudencia última y mayoritaria de esta Sala declara que si bien los artículos 56 y 57 LEC autorizan la sumisión expresa, con renuncia consecuente al fuero propio, para que la misma resulte vinculante ha de tenerse en cuenta la legislación interna [LGDCU de 19 de julio de 1984 y la Comunitaria (Directiva 93/13)], que autorizan a declarar abusiva la cláusula de referencia, ya que origina desequilibrio contractual (SS de 27 de abril de 1998, 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), pues su aportación al contrato es unilateral y la relación reviste carácter de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación (S de 8 de noviembre de 1996). La cláusula de sumisión ha de declararse ineficaz, conforme al artículo 10 de la Ley 26/1984 (antes de su modificación por Ley de 13 de abril de 1998), ya que perjudica de manera desproporcionada al consumidor, como declara la S de 19 de abril de 1999, pues obliga e impone al usuario del préstamo a litigar en Madrid, lejos de su domicilio habitual, con las consiguientes molestias y desembolsos económicos añadidos. En materia de pólizas de préstamo esta Sala se pronuncia en la misma dirección, declarando la S de 17 de mayo de 1999, que la competencia ha de determinarse atendiendo a las reglas del artículo 62 LEC, disponiendo la primera que debe reputarse Juez competente el lugar en que la obligación debe ser cumplida. Cuando se ejercitan acciones personales, como ocurre en este caso, resultando suficientemente clara que la devolución del préstamo se efectuaría en Sevilla, que corresponde a la ciudad donde se firmó la póliza y allí fueron requeridos de pago los demandados por el Banco acreedor, por lo que ha de aplicarse el artículo 1171 CC, que fija el lugar donde deben cumplirse las obligaciones. Lo que se deja expuesto tiene correlación con el artículo 1439 LEC, que corrigió la posible indefensión que suponía para algunos ejecutados que los juicios ejecutivos contra ellos se tramitasen fuera de su domicilio o, en su caso, en el lugar de cumplimiento de la obligación. Se trata, en resumen de póliza impresa, que es abusiva e inoperante consecuentemente, por no responder a una

efectiva actividad negocial libre y bilateral, viniendo a ser manifestaciones bien expresas del poder de la parte predominante en la relación negocial creada, sobre todo cuando se trata de asumir posición de prestatario y, con ello decidir de entidad bancaria, representando ruptura frontal del necesario equilibrio contractual que debe concurrir. (STS de 14 de febrero de 2000.)

HECHOS.—Don José y doña María habían celebrado un contrato de préstamo con el *Banco Español de Crédito* en Sevilla. En la póliza del contrato aparecía una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Madrid. Ante el incumplimiento de los prestatarios, el Banco interpuso demanda contra ellos ante un Juzgado de Primera Instancia de esta última ciudad. Los demandados plantearon una cuestión de competencia territorial por inhibitoria ante un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, que requirió de inhibición al de Madrid. Éste denegó la inhibición. El Juzgado de Sevilla desistió de la inhibición en una resolución que los demandados recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso y declaró que el Juzgado competente era el de Sevilla. El Banco recurrió la sentencia en casación pero el TS desestimó el recurso por las razones expuestas.

NOTA.—Muchas sentencias se han ocupado ya de la problemática de las cláusulas de sumisión expresa semejantes a la de este caso (véase en este Anuario los vol. 1997-IV, pp. 2026-2028; 1998-II, p. 953; 1998-III, pp. 1548-1550; 1999-I, pp. 474-478; 1999-III, pp. 1293-1296; 1999-IV, pp. 1747-1751; 2000-I, pp. 313-314; 2000-II, pp. 749-750, y 2000-III, p. 1247). Ahora, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial, S.A., v. Rocío Murciano Quintero, y Salvat Editores, S. A. v. José M.^a Sánchez Alcón Prades y otros* (*La Ley*, 2000, 9507) declara que el Juez nacional está facultado para declararse incompetente de oficio si la cláusula de sumisión expresa que le atribuye competencia puede considerarse abusiva. Posiblemente a favor de imponer esta obligación al Juez español véanse ahora los artículos 54.2 y 59 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la DA 1.^a, cláusula 27.^a, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y además los artículos 1469 *quinques* del Código civil italiano y 9 de la Ley alemana de condiciones generales (AGBG) con la opinión dominante en este país (Andreas Schwarze, *JZ* 2001, pp. 246-249 y los que cita en nota 3). Sin hacer esta propuesta, puede verse sobre el caso Océano Ludovic Bernardeau, «Clauses abusives: l'illicite des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2000, pp. 261-281. (A. R. G.)

12. **Rescisión por fraude de acreedores.**—Mal puede afirmarse la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1111, 1291, 1294 y 1297 CC cuando según jurisprudencia de esta Sala resulta, primero, que es posible estimar la acción revocatoria aunque el nacimiento del crédito sea posterior al acto rescindible si la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia de dicho crédito (SSTS de 11 de noviembre de 1993 y 28 de

junio de 1994); segundo, que para la rescindibilidad de la transmisión basta con que siguiera existiendo el crédito aunque éste no fuera todavía exigible (STS de 5 de mayo de 1997); tercero, que es posible la rescisión aunque la compraventa fuera anterior en algunos meses al inicio del procedimiento ejecutivo (STS de 16 de junio de 1999) y, en fin, que no es preciso para el éxito de la acción revocatoria que la insolvencia en que se sitúe el deudor con la transmisión impugnada sea absoluta (SSTS de 7 de febrero de 1991, 31 de octubre de 1994 y 31 de diciembre de 1998). (STS de 15 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don José Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. celebraron un contrato de apertura de crédito con la entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* (después *Banco Santander Central Hispano, S. A.*). Con fecha 10 de marzo de 1992, ese matrimonio vendió un piso a la hermana de doña María Rosa G.B., doña María Josefa G.B., y ocho días después constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con sus hijos aportando el resto de sus bienes. Habiendo devenido exigibles las obligaciones de don José Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. el día 3 de abril de 1992, por haber transcurrido el plazo pactado de disponibilidad del dinero —aunque la sentencia sólo se refiere al «vencimiento de la póliza de crédito», y no señala si los cónyuges han hecho disposiciones—, la entidad bancaria no pudo trabar embargo sobre los bienes de don Manuel G.S. y doña María Rosa G.B. en el juicio ejecutivo promovido con base en la llamada «póliza de crédito». Por ello, la entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, interpuso acción de revocación de la compraventa por haber sido celebrada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos por don José Manuel G.S. y doña María Josefa G.B. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

13. Contrato de distribución en exclusiva: resolución unilateral conforme a Derecho.—Afirma el TS que el incumplimiento contractual de una de las partes contratantes (vulneración del pacto de exclusiva o el impago de las mercancías) constituye justa causa para resolver unilateralmente el contrato. En estos casos la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva no puede considerarse abusiva o contraria a la buena fe (SSTS de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 y 22 de marzo de 1988).

Contrato de distribución en exclusiva sin fijar el plazo de duración: resolución unilateral por el concedente sin obligación de indemnizar.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1973, 11 de febrero de 1984, 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993, 10 de diciembre de 1996 y 17 de noviembre de 1998) afirma que cuando el concedente ejerce unilateralmente la facultad resolutoria amparado por justas causas no está obligado a indemnizar los daños y perjuicios. (STS de 10 de marzo de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Hidrokalor Sur, S. A.*, en virtud de los contratos celebrados en 1987 y 1990, era distribuidor en exclusiva de los productos de *Vulcano-Sadeca, S. A.*

En julio de 1991, la entidad *Vulcano-Sadeca, S. A.* notifica al distribuidor exclusivo de sus productos (*Hidrokalor Sur, S. A.*) que

resuelve de forma unilateral las relaciones contractuales que existen entre ambas sociedades. La decisión de resolver los contratos se ampara en el incumplimiento contractual por parte de *Hidrokalor Sur, S. A.*

Hidrokalor Sur, S. A., interpuso demanda contra la entidad *Vulcano-Sadeca, S. A.*, solicitando se condenase a la demandada a pagar una indemnización por resolución unilateral injustificada de los contratos que vinculaban a las partes litigantes.

La parte demandada se opuso y formuló una demanda reconvenzional, en la que suplicaba, entre otras cosas, se declarasen resueltos los contratos de representación y de distribución en exclusiva celebrados entre demandante y demandado, así como que se condene a *Hidrokalor Sur, S. A.*, a abonar la cantidad de dinero que resulte de la liquidación de los contratos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente tanto la demanda inicial como la demanda reconvenzional. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación del demandante y estima en parte el interpuesto por el demandado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Hidrokalor Sur, S. A.*, y declara haber lugar al recurso de casación formulado por *Vulcano-Sadeca, S. A.* (M. J. P. G.)

14. Vicios ocultos: límites a las consecuencias previstas en los artículos 1483 y 1484 CC.—Los objetos de venta en su naturaleza y propiedades no se encuentran mermados por vicio afectante a la cosa vendida, hasta suscitar la responsabilidad del vendedor como dispone el artículo 1484 CC, lo conociera o no quien vende, viene entendiéndose aquel defecto o imperfección que la hace inapropiada para el uso que por naturaleza le es propio o que disminuye este uso con clara referencia a su utilidad expresamente —sin vaguedades ni generalidades— establecida en el contrato como causa precisa de su celebración, amplitud conceptual que va más allá del concepto vulgar de vicio y que en ninguno de los supuestos concurre aquí.

El artículo 1483 CC viene a regular las consecuencias de la ocultación que al momento del contrato haga el vendedor sobre las cargas y gravámenes que no se revelan desde el mismo objeto del contrato pero que, existiendo en la realidad, condicionan sus posibilidades, las normales que cabría presumir por su naturaleza, ubicación y entorno y que, por ese interiorismo e inusualidad en orden a esas circunstancias, no avisan, sin más de su existencia.

Sin embargo, esos dos preceptos no son absolutos en las consecuencias que de principio establecen pues las subordinan a la posibilidad de conocimiento de sus respectivas circunstancias por parte del comprador en razón de su oficio (art. 1484 CC) o de la posibilidad de alcanzarlo (art. 1483 CC) por facilidad de consultar el medio establecido de registración de tales circunstancias, afectaciones o limitaciones, tanto que constituyan el contenido normal del dominio que se transmite, en atención al lugar de situación, como que le hayan sido impuestas por voluntad de las partes.

No son vicios, ni constituyen cargas o gravámenes ocultos las limitaciones impuestas al dominio por razones de urbanismo, fácilmente comprobables por quien profesionalmente se dedica a la construcción.—La obligación, más que conveniencia, de fácil comprobación de las posibilidades concurrentes en los bienes que compraba la entidad recurrente, pues así lo

imponía su condición de empresa constructora, y la desatención que de ello hizo, sin duda por estimar buena la operación cualquiera que llegase a ser el resultado último de ella hacen improsperable la reclamación que formula invocando razones de inutilidad y ahora sostiene en este recurso, tanto más que, como tiene declarado esta Sala en SS de 27 de enero de 1906 y de 28 de febrero de 1990 que se recogen en la de 15 de diciembre de 1992, las limitaciones legales del dominio derivadas del régimen urbanístico quedan excluidas del concepto de cargas o servidumbres no aparentes que contemplan, a efectos de las consecuencias que regulan, los artículos 1483 CC y 62 de la Ley del Suelo. (STS de 3 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*TECONSA*, compradora de dos locales, interpone demanda contra los vendedores. Reclama rectificaciones registrales relativas a ambos locales, indemnización por vicios ocultos respecto a uno de los inmuebles y reducción del precio respecto al otro. El Juzgado accede a lo pedido sólo en lo relativo a las rectificaciones del Registro de la Propiedad. Interponen recurso de apelación demandante y demandados. Se acoge el segundo y, revocándose la sentencia de instancia, se desestima la demanda en todos sus pedimentos. No ha lugar al recurso de casación promovido por *TECONSA*. (R. G. S.)

15. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Doctrina general.—El contrato de *leasing*, como dice la S de 28 de noviembre de 1997, institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.ª en su apartado 1.º de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado 8.º de dicha DA se dice que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición.

Partes contratantes.—En el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Entrega de cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*). Resolución del contrato.—Tal como mantiene la sentencia recurrida en casación, la entrega del vehículo objeto del contrato de arrendamiento con opción de compra

sin la documentación es equivalente a falta de entrega del mismo, lo cual es algo aceptado unánimemente por nuestra doctrina y reiterado por la jurisprudencia: *aliud pro alio*, entrega de cosa distinta, un aparato con apariencia pero que no puede usarse como camión hormigonera. Lo cual implica el incumplimiento de la principal obligación del arrendador, la sociedad de *leasing*, que es la entrega de la cosa objeto del contrato lo que lleva consigo la resolución del mismo con la devolución del precio recibido y la del camión hormigonera por la sociedad contratante, arrendataria con opción de compra.

La cláusula segunda de las condiciones generales del contrato de *leasing* dice literalmente así: *Las partes manifiestan que «Uninter Leasing, Sociedad Anónima» (UNILEASING) ha adquirido dichos bienes según las especificaciones de el/los usuario/s con el exclusivo objeto de adscribirlos a esta operación [...]. «Uninter Leasing, S. A.» (UNILEASING), en su condición de comprador de los bienes, subroga a el/los usuario/s en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor y, por su parte el/los usuario/s libera/n a «Uninter Leasing, S. A.» (UNILEASING) de toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes.* Esa cláusula puede ser de aplicación en caso de vigencia de la relación jurídica derivada del contrato pero no en el supuesto presente en que la relación jurídica (relación de hecho regulada por el derecho que la hace devenir relación jurídica) no ha llegado a iniciarse. (STS de 25 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Uninter Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con la entidad *Hergilsan, S. L.*, en cuya virtud la primera cedía a la segunda el uso de un camión hormigonera a cambio del abono periódico de unas cuotas, por un período de tiempo que la sentencia no especifica, al final del cual la arrendataria podía ejercitar una opción de compra sobre el mismo por su valor residual. Para ello *Uninter Leasing, S. A.*, compró el camión a Javier Carlos S.B., quien, no obstante, lo entregó a la usuaria *Hergilsan, S. L.*, sin «la documentación para la transmisión legal del mismo permiso de circulación». Por ese motivo esta última empresa interpuso demanda contra la arrendadora *Uninter Leasing, S. A.*, y el vendedor, reclamando la resolución del contrato —con devolución de las cuotas satisfechas hasta ese momento por la misma— y una indemnización de los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al vendedor del camión a abonar 5.520.000 pesetas a la demandante. Interpuesto recurso de apelación por la empresa usuaria, la Audiencia Provincial declaró resuelto el contrato, condenó a *Uninter Leasing, S. A.*, a abonar la cantidad de 11.285.000 pesetas a la recurrente, y obligó a ésta a devolver el camión. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En primer lugar, la usuaria *Hergilsan, S. L.* solicita la resolución del contrato de arrendamiento financiero pese a estar legitimada para ejercitar la acción resolutoria de la compraventa del camión que ha sido celebrada entre la arrendadora *Uninter Leasing, S. A.*, y el proveedor Javier Carlos S.B., en virtud de la cláusula de subrogación de la usuaria «en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor». En el supuesto de haber hecho efectivo el contenido de esa cláusula contractual, probablemente *Hergilsan, S. L.*, hubiera obtenido la resolución tanto de la compra-

venta como del arrendamiento financiero, habida cuenta de la conexión causal existente entre ambos contratos. Así resulta de la doctrina sentada recientemente por las SSTs de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999. Para su comentario, Antonio Cabanillas Sánchez, «La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)», *ADC*, 1998, I, pp. 323-340; y Manuel Jesús Marín López, «Comentario a la sentencia de 24 de mayo de 1999», *CCJC*, 51, 1999, núm. 1391, pp. 1141-1153. Aun así, el planteamiento del asunto realizado por la usuaria *Hergilsan, S. L.*, parece ser el más adecuado para sus intereses al evitar la aplicación de ese criterio jurisprudencial. En segundo lugar, la sentencia señala que «la cláusula de subrogación (*rectius*, cesión de acciones) y de exención de responsabilidad de la entidad de *leasing* puede ser de aplicación en caso de vigencia de la relación obligatoria derivada del contrato pero no en el supuesto presente en que la relación obligatoria [...] no ha llegado a iniciarse». Aunque no parece que el TS debiera haber entrado a valorar la cláusula de exoneración de responsabilidad, toda vez que la sentencia recurrida únicamente declara la resolución del contrato, en esa ocasión quizá hubiera resultado más acertado declarar su validez. Nótese cómo las SS citadas del TS de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999 coinciden en admitir la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad de *leasing* cuando vaya acompañada de la subrogación a favor del usuario de todas las acciones y derechos que corresponden a aquélla frente al vendedor, y siempre que la entidad de *leasing* no haya actuado con dolo o culpa grave. Además, la resolución del contrato no debería afectar aquellas cláusulas contractuales pactadas para el caso de incumplimiento. Sobre la subsistencia de determinados efectos del contrato en supuestos de resolución, véase Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 506-512. (J. M. B. S.)

16. Concepto de contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.—El contrato de *leasing* es aquel contrato atípico al que acuden empresarios y profesionales para equipar su actividad económica, dirigiéndose a una entidad financiera para que adquiera aquellos bienes necesarios para el desarrollo de esa actividad y les ceda su uso a cambio del pago de unas cuotas, calculadas tomando en consideración la amortización del coste del bien cedido. Además, estos arrendatarios tienen una opción de compra sobre aquellos bienes, que normalmente tiene como valor el resto del precio pendiente de amortizar.

Diferencias entre el arrendamiento de cosas y el *leasing*.—Mientras el arrendamiento de cosas sólo supone una relación entre arrendador y arrendatario, el *leasing* implica que el futuro arrendador celebre un contrato de compraventa para adquirir determinados bienes a instancia del futuro arrendatario. Además, la renta del *leasing* se calcula en base al deterioro derivado del uso de aquellos bienes y se concede una opción de compra al arrendatario, que sólo será efectiva a voluntad del arrendatario.

Cláusula que establece la facultad resolutoria por incumplimiento del arrendatario o el vencimiento de las cuotas por impago de dos de

ellas.—La causa del contrato es el fin que lleva a la celebración del contrato, que en el contrato de *leasing* es el suministro en arrendamiento, con opción de compra, de la maquinaria elegida por el arrendatario. La causa de un contrato es ilícita cuando descansa en una finalidad comercial contraria a la ley o a la moral, sin que se pueda confundir con las cuestiones relativas a la onerosidad del contrato. Por tanto, no constituye la causa del contrato de *leasing* aquella cláusula contractual que contenga la facultad del arrendador de exigir el cumplimiento de las cuotas de arrendamiento o la resolución del contrato, con devolución de las prestaciones realizadas, en caso de incumplimiento contractual del arrendatario. (STS de 7 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Susana celebró un contrato de *leasing* con la empresa *Uninter Leasing, S. A.*, en virtud del cual la empresa adquiriría las máquinas elegidas por doña Susana para su negocio de confección y la arrendataria debía pagar unas cuotas mensuales. Este contrato contenía una cláusula en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de doña Susana, la empresa arrendadora podía resolver el contrato o exigir el cumplimiento anticipado de la obligación de pago de todas las cuotas restantes. La arrendataria no hizo frente a determinadas cuotas e interpuso demanda en que solicitaba la nulidad del contrato, que el Juzgado de Primera Instancia desestimó. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó. La actora interpuso recurso de casación, en el que alegaba la nulidad del contrato por ilicitud de causa. El TS desestima el recurso porque considera que el contrato celebrado entre la recurrente y la empresa *Uninter Leasing, S.A.*, era un contrato de *leasing* y que la cláusula que otorga determinadas facultades al arrendador en el caso de incumplimiento de la arrendataria no constituye la causa del contrato. (M. V. V.)

17. Ley de Arrendamientos Urbanos. **Ámbito de aplicación.**—De haber sido el arrendamiento de autos un arrendamiento de industria, o un arrendamiento de naturaleza compleja, habría que considerarlo excluido de la LAU, como ocurre con todos aquellos arrendamientos mixtos, complejos o irregulares.

Contrato de arrendamiento de local de negocio. Distinción con el arrendamiento de industria.—La doctrina de esta Sala relativa a la distinción entre los arriendos de local de negocio y los de industria es absolutamente diáfana, destacando que mientras en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial (SS de 13 y 21 de diciembre de 1990, 20 de septiembre de 1991, 19 y 25 de mayo de 1992, 17 de abril y 10 de mayo de 1993, 22 de noviembre de 1994, 4 de octubre de 1995 y 8 de junio de 1998, entre otras). En el arrendamiento del caso no hay alquiler del negocio, sino venta del mismo; sólo se arrienda el local. Es obvio, pues, que cabe hablar gráficamente de arrendamiento de local de negocio *desnudo* (SS de 20 de diciembre de 1986 y 17 de noviembre de 1988), pues todo lo que configura el negocio en su más amplio sentido se comprendió en la venta.

Contrato de arrendamiento de local de negocio. Distinción con el arrendamiento complejo.—El arrendamiento complejo supone el establecimiento a cargo de la parte arrendataria de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia (SS de 29 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1979, 29 de diciembre de 1986 y 31 de marzo de 1993) o complementarias de ella (S de 18 de abril de 1989). El hecho de que la venta del negocio y el arrendamiento del local se hayan hecho en un mismo documento no atribuye al contrato la naturaleza de complejo; puede hablarse de dos negocios jurídicos coligados pero ello no determina necesariamente complejidad (S de 13 de julio de 1993). No es de aplicación la doctrina de la sentencia de 25 noviembre de 1972 (citada en la S de la Audiencia) porque en el caso que se enjuicia cada operación o contrato tiene su propio precio, en cambio en el contemplado en la sentencia mencionada se realizó la venta del negocio, la venta de aparatos y determinados muebles y enseres, y el arrendamiento del inmueble y otros muebles y enseres, todo ello, por un *precio único*, por lo que —dice la resolución— no es posible sostener la existencia de tres contratos distintos plasmados en un solo documento, a saber, los de compraventa y el arrendamiento, al faltar en cada uno de ellos la determinación de un elemento tan esencial como es el precio, sino que por el contrario se trataría de un contrato único de naturaleza compleja.

Condición resolutoria.—La cláusula décima del contrato dice: «si por parte de los señores G. G., S. y A. se incumpliera cualquiera de las obligaciones que para ellos derivan de este documento, quedarán resueltos tanto el contrato de cesión como el de arrendamiento y deberán desalojar el local arrendado y entregar a don Francisco S. o a sus causahabientes los enseres, mobiliario, utensilios y demás cosas reseñadas en la cláusula primera, sin derecho a devolución de las cantidades que por la cesión hubieran ya pagado.» La cláusula es muy frecuente en supuestos como el de autos de venta del negocio y arrendamiento del local cuando una parte (o la totalidad) del precio de aquella venta se fracciona en plazos, y obedece a la lógica de evitar que una hipotética resolución de la venta por impago del precio produzca la devolución de un *negocio*, que al no afectar al arrendamiento, determinaría la carencia del soporte material (local). Pero dicha cláusula no tiene alcance en el sentido de que, durante toda la vida del arrendamiento, el impago de la renta puede acarrear la resolución de la venta. (STS de 21 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Varias personas habían celebrado un contrato mediante el cual una parte cedía a la otra un negocio de bar, incluidos los enseres, mobiliario, objetos y utensilios de la bodega del mismo (salvo las bebidas), a cambio de una suma de dinero, y al mismo tiempo le arrendaba el local en el que estaba instalado el negocio anterior. Al expirar el plazo del arrendamiento del local, los arrendadores pretendieron que se declarase que la otra parte ocupaba el local en concepto de precario, o, subsidiariamente, que el contrato celebrado lo era de arrendamiento de industria tanto del local como del negocio. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y calificó al contrato como de arrendamiento de industria, que declaraba terminado por *falta de aquiescencia a su tácita reconducción*. Los demandados recurrieron en casación por entender que el contrato lo era de local de nego-

cio. El TS tiene en cuenta el contenido del clausulado contractual, y en concreto que una de las cláusulas remitía a la legislación de arrendamientos urbanos como régimen supletorio a lo previsto por las partes. Además, otra de las cláusulas obligaba a los arrendatarios a no *traspasar el local sin previa autorización del arrendador o sus causahabientes, en tanto no hayan satisfecho la totalidad del precio de la cesión del negocio*. Por estas razones y las expuestas anteriormente, el Tribunal casa la sentencia de la Audiencia, da la razón a los recurrentes en casación y declara que se trata de un arrendamiento de local de negocio. El Tribunal no se pronuncia sobre los efectos de esta calificación porque, según señala, el objeto del pleito sólo versó sobre si existía o no el arrendamiento urbano, no sobre sus efectos. (A. R. G.)

18. Arrendamientos rústicos. Condición de cultivador personal.—

Según el artículo 16.2 LAR, se considera profesional de la agricultura al cultivador personal. Tienen esta condición aquellas personas que llevan una explotación agraria por sí o con ayuda de familiares. La pérdida de esta condición es una causa de resolución del arrendamiento a instancia del arrendador. La LAR establece que no se pierde la condición de cultivador personal cuando por enfermedad sobrevenida u otra justa causa no se pueda continuar el cultivo personal. Por tanto, el hecho de que la arrendataria de una finca rústica no realice los trabajos físicos más pesados por razón de su edad o de las dolencias físicas que padezca no impide que sea considerada cultivadora personal, siempre que continúe al frente de la explotación y se responsabilice de ella. El elemento relevante para que una persona sea considerada cultivador personal no es que realice todas las tareas dentro de la explotación agraria, sino que esa persona continúe gestionándola. (STS de 27 de diciembre de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña María Concepción era arrendataria del caserío Beiti. Interpuso demanda para que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de ese caserío. Los demandados se opusieron a la demanda y plantearon reconvencción, solicitando que se declarase la resolución del arrendamiento por la pérdida de la condición de profesional de la agricultura de la arrendataria. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción. Esta sentencia fue recurrida por ambas partes ante la Audiencia Provincial de Bilbao, que estimó el recurso planteado por doña María Concepción, declarando su derecho a acceder a la propiedad del caserío, y desestimó la pretensión reconvenccional de los demandados. Éstos interpusieron recurso de casación ante el TS, alegando la infracción de los artículos 14, 15, 16, 70 y 74 LAR y 736 y 896 de la LEC. El TS sólo estima el motivo referente a la impugnación de las costas del recurso de apelación. El TS desestima el recurso en los demás motivos porque entiende que la arrendataria no había perdido la condición de cultivadora personal. (M. V. V.)

19. Responsabilidad decenal. Mala calidad de los materiales.—En cuanto a los defectos observados en la escalera común del edificio, la sentencia *a quo* declara que son debidos a la mala calidad del material empleado, acreditándose así un vicio de construcción imputable al promotor y propieta-

rio antes de su enajenación. Dice la S de 31 de enero de 1985 que esta Sala tiene declarado que el arruinamiento del edificio o de parte de él, causado por la mala calidad de los materiales empleados en la construcción, lleva consigo en principio una responsabilidad múltiple —que alcanza solidariamente al profesional contratista ejecutor de la obra— en tanto no se produzca la concreción individualizadora acerca de cuál de los intervinientes —técnicos y constructores— ha de asumir por su exclusiva negligencia el reproche de culpabilidad; doctrina que, aplicable al caso, lleva al rechazo de esta causa de impugnación del fallo recaído al no estar acreditado en autos que la elección de ese material de mala calidad sea imputable a otro de los intervinientes en el proceso de la edificación distinto del contratista.

Responsabilidad del promotor.—El recurrente además de contratista fue el promotor de la edificación y en tal concepto venía obligado a la reparación de los defectos reseñados de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el promotor pueda repetir, en su caso, contra los demás eventualmente responsables (S de 20 de junio de 1995). (STS de 12 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda contra diversas personas que habían intervenido en el proceso de construcción del mismo. El edificio sufría diversos defectos que consistían en la rotura de las piezas que cubrían la escalera común y un deficiente alicatado en el suelo de las viviendas, que producía que las baldosas del mismo se desprendiesen y rompiesen. El Juzgado de Primera Instancia entendió que los vicios se debían a la mala calidad de los materiales utilizados en la obra, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a reparar estos vicios o, alternativamente, pagar a la comunidad la suma de dinero necesaria para repararlos. Dos de los demandados recurrieron esta sentencia en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, pero sólo en cuanto a la condena en costas. Uno de los demandados, que ya había recurrido en apelación, lo hizo después en casación. El TS desestimó el recurso. (A. R. G.)

20. Responsabilidad decenal. Solidaridad.—La condena solidaria que se proclama para las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC, no tiene origen convencional sino que es creación jurisprudencial, de suerte que dicha solidaridad por obviar en principio la regla inicial y deseable de la individualización de la responsabilidad, sólo se justifica en los casos en que sea imposible separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en la obra (respondiendo a la concepción de que el proceso constructivo no es una misión aislada de uno o varios individuos sino la conjunción de medios materiales y humanos tendentes a conseguir su resultado final) y no entra en juego, por tanto, cuando ha podido procederse a una concreta atribución o personalización de las conductas dañosas y se conoce la incidencia de cada una de ellas

en el resultado global (SS de 15 de junio y 21 de diciembre de 1990 o 15 de abril de 1991).

Responsabilidad del promotor.—Destaca la equiparación del promotor del inmueble con el constructor en orden a las obligaciones que contraen frente a los adquirentes de los pisos o locales construidos. Como han dicho ya varias sentencias del TS (30 de julio de 1991 o 30 de septiembre de 1991) comprende la figura del promotor el que es propietario del terreno y de la edificación que se lleve a cabo, enajenante o vendedor de los pisos o locales y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, aunque se valga de terceras personas para la realización material del proyecto. Dicha asimilación obedece a un loable criterio equitativo que considera factores tales como su directa intervención en la contratación de los profesionales actuantes (*culpa in eligendo*), aprobación de los presupuestos y fundamentalmente el beneficio económico que se obtiene y que ha de tener como contrapartida la reparación o indemnización del posible daño, sin olvidar que el promotor vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en condiciones útiles para su aprovechamiento, según su naturaleza y destino, evitando toda incomodidad impropia, y que el incumplimiento de tal obligación genera un *aliud pro alio* (S de 10 de marzo de 1993) sancionable con la reparación. (STS de 21 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan y doña M.^a Rosario, propietarios de una vivienda, interpusieron demanda contra diversas personas que habían intervenido en el proceso de edificación de la misma por existir en ella diversos defectos (no descritos en la sentencia) que podían producir su ruina. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell estimó la demanda y condenó a los demandados a realizar las obras necesarias para que la vivienda de los demandantes quedase en perfectas condiciones de ser habitada (la sentencia no permite conocer en qué condición fueron demandados y condenados, si como promotores, constructores o arquitectos, etc.). Los demandados recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y absolvió a uno de los recurrentes (tampoco se conocen las razones de esta decisión). Otro de ellos recurrió en casación por entender que la sentencia de la Audiencia adolecía del vicio de incongruencia (art. 359 de la LEC de 1881 y art. 218.1 de la actual) e infringido el artículo 1591 CC, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

21. **Responsabilidad decenal. Responsabilidad del arquitecto.**—La responsabilidad del recurrente se presenta perfectamente determinada en cuanto a las deficiencias de obra que la sentencia exclusivamente le atribuye, por incurrir en acreditada falta de diligencia profesional, ya que, al corresponderle la dirección del proceso constructivo, debió de procurar en todo momento que las medidas dispuestas fueran las que aconsejaba la mejor técnica para estos supuestos y que, en todo caso, su ejecución se ajustaba y sometía a sus previsiones. El artículo 1591 CC resultó correctamente aplicado conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en cuanto tiene declarado que no impide la responsabilidad del arquitecto el hecho de que el proyecto cumpliera con la normativa vigente, ya que lo demostrado es que la construcción resultó defectuosa (S de 12 de enero de 1992) por razón de las humedades que la afectaron, respondiendo dicho técnico por las irregulari-

dades apreciadas en el proyecto y diseño de la edificación, al no haberse ajustado a las exigencias de la *lex artis* (SS de 16 de julio de 1992 y 15 de mayo de 1995). La responsabilidad que se le exige se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención (SS de 14 de noviembre de 1984 y 27 de junio de 1994), lo que se traduce en la creación de una confianza en quien es encargado de confeccionar el proyecto y que indirectamente trasciende a los futuros compradores, a los que se defrauda si lo encomendado se ejecuta mal, causando daños materiales que incluso pueden resultar personales, como suele suceder por desgracia en los casos de derrumbe de los edificios, frecuentes en estos tiempos. La responsabilidad también deviene de la obligación de solucionar los problemas surgidos, previstos e imprevistos, salvo los supuestos de fuerza mayor, ya que a estos técnicos superiores les asiste la facultad de ordenar cuanto sea preciso para la completa y mejor acabada ejecución de la obra y el desarrollo conveniente del concepto arquitectónico (SS de 22 de septiembre de 1994 y 19 de noviembre de 1996).

Responsabilidad decenal. Solidaridad.—En los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC es función de los juzgadores de las instancias determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, a ser posible, individualizarlas. La condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se ha podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervinientes en el hacer constructivo, y, por ello, cuotas responsables en atención a las causas concurrentes generadoras de los vicios ruínógenos (SS de 20 de abril de 1992 y 9 de diciembre de 1993).

Responsabilidad decenal. Características.—Se trata de una responsabilidad personal, propia y privativa, en armonía con la culpa de cada uno de los autores del hecho de la edificación, relacionada con el factor desencadenante de las deficiencias surgidas, que cabe imputar a determinados e identificados agentes, perteneciendo dicho factor a la esfera de su singularizado cometido profesional (SS de 29 de noviembre de 1993 y 3 de abril de 1995). (STS de 9 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra las empresas promotora y constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico de un edificio que sufría diversos vicios. El arquitecto de la obra no había realizado los estudios geológicos y del suelo que requería el proyecto de obra, por lo cual el edificio sufría una falta de impermeabilización que había supuesto, primero, que se produjesen inundaciones en la propia obra, y segundo, que se inundasen los sótanos del edificio ya terminado debido a las subidas del nivel freático de las aguas del río Ebro. El Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza núm. 9 estimó la demanda y dictó sentencia el día 15 de noviembre de 1994 en la que condenó al arquitecto. Éste recurrió en apelación pero la Audiencia Provincial de la misma ciudad dictó sentencia de 20 de abril de 1995 que confirmaba la sentencia de instancia. El demandado recurrió en casación por entender que se había infringido el artículo 1591 CC. El TS rechaza que los vicios fuesen de construcción y no de dirección, como pretendía el recurrente, y confirma la condena. (A. R. G.)

22. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del arquitecto.—El artículo 1591 CC delimita la responsabilidad del contratista en cuanto a los

vicios de la construcción, y del arquitecto en lo que atañe a los vicios del suelo y de la dirección; ámbitos respectivos de responsabilidad que, aparte las hipótesis de acción plural y de indiscernibilidad por imposibilidad de individualización, han venido siendo objeto de configuración singular por parte de una profusa jurisprudencia. Circunscribiendo el tema a la responsabilidad del arquitecto, y a la perspectiva concreta de los deberes que le corresponden como técnico superior a cuya función viene atribuida la dirección de la obra, esta Sala ha declarado que la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra (S de 27 de junio de 1994); en la fase de ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al proyecto según la *lex artis* (S de 28 de enero de 1994); al no tratarse de simples imperfecciones, sino de vicios que afectan a los elementos esenciales de la construcción, de los mismos no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio (S de 13 de octubre de 1994); al arquitecto le afecta responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigente una diligencia desplegada con todo el rigor técnico, por la especialidad de sus conocimientos (S de 15 de mayo de 1995); corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado... no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria (S de 19 de noviembre de 1996); responde de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado...; y los defectos del caso son objetivos, obedecen a una falta de control sobre la obra, y su origen se debe a una negligencia en la labor profesional (S de 18 de octubre de 1996); en su función de director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y, caso contrario, dar las órdenes correctoras de la labor constructiva (S de 24 de febrero de 1997); responde por culpa *in vigilando* de las deficiencias fácilmente perceptibles (S de 29 de diciembre de 1998); le incumbe la general y total dirección de la obra y la supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la misma (S de 19 de octubre de 1998).

Los defectos constructivos cuya responsabilidad se atribuye en el caso a los arquitectos afectan a la funcionalidad del inmueble, y por lo tanto a la idoneidad de la obra, concepto éste –aptitud o utilidad– que, junto con el de solidez, integra la exigencia de una buena habitabilidad, y excluye la ruina, en cuyo sentido jurídico se comprende, no sólo la física o potencial, sino también la funcional. De haber obrado los arquitectos con la diligencia exigible a una correcta dirección de obra, conforme a los términos expuestos, no sólo se habrían apercibido de los defectos imputados, haciendo eficaz su función de inspeccionar, sino que además habrían exigido la correspondiente subsanación, en exquisito cumplimiento de su función de control, no autorizando el resultado final, ni dado lugar a su *visado*, en tanto no se hubieran rectificado las irregularidades o imperfecciones, con lo que se habría garantizado a los interesados (dueños o posteriores adquirentes) la adecuada ejecución de la obra, evitando con tal actuación que resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales, como declaran reiteradas resoluciones de esta

Sala (SS de 27 de junio de 1994 y 19 de noviembre de 1996). (STS de 3 de abril de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra diversas personas que habían intervenido en la obra del edificio propiedad de aquélla. En la demanda, la comunidad solicitaba que se condenase a dichas personas a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización por los vicios que afectaban al edificio. Aunque el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao desestimó la demanda, la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad y condenó a los demandados a reparar los vicios. Los demandados recurrieron en casación, por entender que la sentencia de la Audiencia había incurrido en el vicio de incongruencia. Al parecer, los demandados temían que al haber sido condenados a reparar los vicios, iban a responder de un modo más grave que si se les hubiese condenado simplemente a pagar una indemnización. El TS intenta aclarar la cuestión: según la sentencia, la condena a los demandados a una conducta de hacer, en lugar de a una de dar, favorece a los demandantes porque les permite optar *por la sanción específica, o por la sanción genérica de la prestación del id quod interest —cumplimiento por equivalencia—*. Y por otro lado, la sentencia recurrida no limita el abono indemnizatorio, que no puede rebasar el importe de los defectos en relación con lo pedido en la demanda. En conclusión, el TS casa parcialmente la sentencia y condena a los recurrentes, en caso de que los demandantes soliciten el cumplimiento por equivalente, a pagar la cantidad máxima que resulte de descontar del total pedido en la demanda las partidas que no son resarcibles según la sentencia recurrida. (A. R. G.)

23. Validez de la fianza de obligación futura.—Según el artículo 1824 CC no puede existir fianza de una obligación inexistente, debido al carácter accesorio de la fianza. El artículo 1825 CC permite la fianza de las obligaciones futuras, entendiéndose por obligación futura aquella que no ha nacido pero es determinable sin necesidad de nuevo acuerdo. Por tanto, no es una obligación inexistente en el sentido del artículo 1824 CC aquella obligación que no existe ahora pero existirá en el futuro. En consecuencia, aquel contrato de fianza que comprenda las obligaciones futuras del deudor con el acreedor será válido. Sin embargo, para que esta fianza sea eficaz, estas obligaciones deberán nacer y ser líquidas.

Validez de las garantías fideusorias globales.—Aquella fianza que tenga por objeto garantizar las obligaciones presentes y futuras del deudor con el acreedor es una garantía fideusoria global. Estas garantías son válidas, de acuerdo con los artículos 1255 y 1822 CC, siempre que cumplan determinados requisitos. En primer lugar, no pueden vulnerar la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). En segundo lugar, las obligaciones garantizadas deben estar determinadas o ser determinables. Este requisito significa que pueden ser objeto de garantía tanto las obligaciones que existen pero son ilíquidas como aquellas obligaciones que puedan existir en el futuro, pero de las cuales ya conocemos las partes deudora y

acreedora y el importe máximo garantizado. Y en tercer lugar, la fianza debe ser expresa (art. 1827 CC). (STS de 23 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En mayo de 1981, don Ramón y don José celebraron un contrato de fianza con el *Banco Hispano Americano, S. A.*, por el que se obligaban a garantizar solidariamente las cantidades que la empresa *José Roque, S. A.*, adeudase o llegase a adeudar al Banco, fijando un importe máximo. La empresa incumplió el pago de un préstamo concertado en febrero de 1983. El *Banco Hispano Americano* interpuso demanda contra don Ramón y su esposa y los herederos del fallecido don José (su viuda, doña María Dolores, y sus hijos), en que solicitaba la condena de los demandados a pagar solidariamente una determinada suma. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados, salvo a la esposa de don Ramón y a la viuda de don José, a pagar solidariamente la suma adeudada. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Las Palmas lo desestimó. Planteado recurso de casación, el TS sólo deja sin efecto el embargo decretado sobre el patrimonio de la esposa de don Ramón y desestima los demás motivos de casación, ya que considera que el contrato de fianza celebrado entre don Ramón y don José y el *Banco Hispano Americano, S. A.*, es una obligación fideusoria global válida porque cumple los requisitos exigidos. (M. V. V.)

24. Aval a primer requerimiento. Naturaleza jurídica y características.—El TS califica este contrato de garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC. Su principal característica, según la reiterada doctrina del TS (SSTS de 11 de julio de 1983 y 14 de noviembre de 1989, entre otras), es la falta de accesoriedad del aval respecto de la obligación garantizada.

Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.—Este contrato de garantía personal establece para el garante una obligación compleja, distinta y autónoma de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento garantiza. La obligación del garante nace cuando el beneficiario del aval le reclama el pago, puesto que se entiende en tal caso que el obligado no ha cumplido, quedando a cargo del garante la prueba del cumplimiento del obligado, como medio de oposición a la reclamación del beneficiario. Al margen de esta excepción, el garante no puede oponer más excepciones que las que derivan de la garantía misma. (STS de 17 febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Transaval SGR* suscribe contrato avalando durante un año a *C.R., S. A.*, frente a *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG*. En el contrato se estipula expresamente que la avalista pagará contra simple requerimiento del beneficiario. Dentro del plazo estipulado en el contrato, *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG* requiere el pago a *Transaval SGR*.

Ante el impago del avalista, *Unión Tank Eckstein GmbH and Co. KG* interpone demanda, que es desestimada en primera instancia. La entidad demandante recurre en apelación la sentencia y la Audiencia estima el recurso, revocando la sentencia de primera instancia. *Transaval SGR* interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS.

NOTA.—Para un estudio más detallado del tratamiento jurisprudencial del aval a primer requerimiento, es interesante consultar el comentario de esta misma sentencia realizado por Ángel Carrasco Perera en *CCJC*, 2000, núm. 54, pp. 987-998. (A. M. M.)

25. Aval a primer requerimiento. Naturaleza jurídica.—Como indica el TS (STS de 27 de octubre de 1992), el aval a primer requerimiento es una garantía personal atípica y diferente al contrato de fianza y del seguro de caución, cuya creación deriva de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Aval a primer requerimiento. Independencia respecto del contrato de base.—Declara el TS que esta garantía se caracteriza principalmente por su falta de accesoriedad, de lo que deriva que el garante sólo puede oponer al beneficiario las excepciones que derivan de la propia garantía. El contrato sobre el que se fundamenta la concesión del aval no afecta al tercero en cuyo beneficio se concede la garantía. Por tanto, respecto de éste, el título para el ejercicio de la acción es el propio aval.

Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.—Una vez que el beneficiario de la garantía reclama el pago, el garante queda obligado a pagar, ya que la reclamación supone que el obligado garantizado no ha cumplido. Por tanto, se invierte la carga de la prueba para el garante, de manera que sólo puede evitar el pago si prueba que el obligado garantizado cumplió. Con ello, la obligación del garante se perfila como independiente de la del garantizado y del propio contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir como consecuencia del pago de la garantía.

Aval a primer requerimiento. Constitución de persona jurídica. Cambio de deudor.—En el supuesto de que los obligados garantizados con un aval se constituyan en persona jurídica, no se producirá un cambio de deudor que provoque la novación extintiva, ni la cesión del contrato. No se trata, pues, de una sustitución de la persona jurídica en el lugar en que antes estaban las personas físicas, sino de una sociedad instrumental. Otra interpretación llevaría a un fraude de ley en perjuicio de terceros, lo que iría en contra de la doctrina del levantamiento del velo.

Calificación del contrato. Recurso de casación.—Como ha declarado en numerosas ocasiones el TS, la calificación del contrato, que forma parte de la interpretación de los hechos, es función del tribunal de instancia. Por tanto, sólo es revisable en casación si resulta ilógica, absurda o contraria a derecho. (STS de 30 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, concedió garantía personal a favor de tres personas físicas que, posteriormente, constituyeron la sociedad *Anticuarios para España, S. L.* Dicha sociedad contrajo una deuda frente a la *Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S. A.*, la cual se dirigió para el cobro a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, como garante del deudor.

Ante la falta de pago de la entidad garante, la *Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S. A.*, interpuso demanda contra ésta, en reclamación del pago de deuda. Habiendo sido estimada la demanda en primera instancia, la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, planteó recurso de apelación, que fue desestimado, confirmando la Audiencia la

sentencia anterior. Interpuesto recurso de casación por la entidad demandada, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Para un estudio más detallado del tratamiento jurisprudencial del aval a primer requerimiento, es interesante consultar el comentario de la STS de 17 de febrero de 2000, realizado por Ángel Carrasco Perera en *CCJC*, 2000, núm. 54, pp. 987-998. (A. M. M.)

26. Prejudicialidad penal: responsabilidad civil derivada de delito o falta: lesiones en accidente de circulación. Doctrina general.—La doctrina de esta Sala sobre el grado de vinculación que una sentencia penal condenatoria produce en la perspectiva de las consecuencias civiles en un proceso ulterior, siempre que concurren las tres identidades de la cosa juzgada, pueden sintetizarse en los extremos siguientes: a) Las sentencias condenatorias (y excepcionalmente las que sin condena penal contengan pronunciamiento civil con base en el art. 20 CP 1973 y art. 119 CP 1995) que resuelvan la problemática civil (lo que exceptúa los casos de reserva de acciones del art. 112 LECr), tienen carácter vinculante para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidades civiles, de tal manera que este efecto de cosa juzgada, o similar a la misma, determina que quede consumada o agotada la pretensión del perjudicado, sin que pueda ser ejercitada de nuevo ante la jurisdicción civil la acción de la naturaleza fundada en la misma causa o razón de pedir (SSTS de 9 de febrero de 1988, 28 de mayo y 4 de noviembre de 1991, 12 de julio de 1993 y 24 de octubre de 1998). b) La doctrina del efecto vinculante es aplicable incluso para los casos en que se pretenda plantear en el proceso civil la existencia de hipotéticos errores, imprevisiones, descuidos, o defectos en la fijación de las consecuencias civiles en el proceso penal (así no cabe acudir al proceso civil para remediar lo que se tuvo oportunidad de aportar en el proceso penal en que se enjuiciaron los hechos del pleito; no cabe completar pronunciamientos no dictados; así SSTS de 25 de marzo de 1976, 2 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1988, 28 de mayo de 1991, 21 de mayo y 12 de julio de 1993, 24 de octubre y 9 de diciembre de 1998).

Secuelas anteriores al accidente.—En el presente caso las secuelas pretendidas por el actor ya fueron valoradas en el proceso penal, cuya sentencia acogió el dictamen del Médico Forense en el sentido de estimarlas anteriores al accidente de circulación, siendo irrelevante el momento en que supo de las consecuencias que comportarían en orden a su capacidad laboral. (STS de 31 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Por causa de un accidente de circulación ocurrido en 1986 recae sentencia condenatoria en juicio de faltas, en el que, además, se acuerda indemnizar al perjudicado por el tiempo en que estuvo de baja, pero sin acoger secuela alguna por estimar que ya existía antes del accidente (con referencia a una artrosis que ocasiona algias); en 1989 el Juzgado de lo Social declara al actor en situación de invalidez permanente total como consecuencia del accidente de tráfico, que le produjo una degeneración articular a nivel cervical, con insuficiencia vertebro-bacilar y compresión radicular C-4-C-5 y C-5-C-6, que le impide toda clase de esfuerzo, además de sufrir un síndrome vertiginoso, mareos constantes y cefaleas. Con base en esta sentencia el actor interpone demanda civil en que reclama un complemento de pensión e indemnización por secuela,

reclamación rechazada en ambas instancias, siendo rechazado también el recurso de casación con base en la doctrina extractada, que es, propiamente, la *ratio decidendi*. En cambio es *obiter dicta* la doctrina que se recoge en el FD 1.º, que admite excepcionalmente solicitar en vía civil reclamaciones complementarias. En realidad la jurisdicción civil ha sido unánime en este caso al estimar anterior al accidente de circulación la existencia de la causa de la incapacidad laboral, y, por tanto, no ser imputable ésta al accidente, si bien resulta confusa la sentencia laboral al referirse a la *invalidéz permanente total como consecuencia del accidente*, así como produce cierta perplejidad la diferente descripción de las secuelas en ambas jurisdicciones. (G. G. C.)

27. Accidente de trabajo: pérdida de la visión en un ojo: acción de responsabilidad basada en incumplimiento por la empresa del contrato de trabajo. Competencia exclusiva de la jurisdicción laboral: inaplicabilidad de la doctrina basada en la compatibilidad de ambas indemnizaciones.—Pese a la denominación que el actor le da en su demanda (de responsabilidad por culpa extracontractual), lo cierto es que la única y verdadera acción que ejercita el actor es la de responsabilidad contractual por inobservancia de las normas establecidas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, consistentes en no facilitar al trabajador gafas o pantallas protectoras; y siendo ello así, tanto la Sala 1.ª, como la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este TS tienen proclamada la doctrina de que cuando la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, el conocimiento de la demanda es de la exclusiva competencia de la jurisdicción laboral o de lo social (SSTS de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, 26 de diciembre de 1997, 24 de octubre de 1998 y Autos de la Sala Especial de Conflictos de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994). La jurisprudencia de esta Sala invocada en el recurso no guarda relación con la presente cuestión litigiosa, pues trata de la compatibilidad del ejercicio de una acción basada en el artículo 1902 CC con las consecuencias de un accidente laboral, pero nunca se refieren al ejercicio de una acción derivada única y exclusivamente de un contrato de trabajo que unía al actor con la empresa demandada. (STS de 11 de febrero de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina consolidada y clara en su formulación, aunque no tanto en su aplicación, y que, en cada caso concreto, obligará al letrado de la parte a redactar cuidadosamente el fundamento jurídico de la reclamación. Por otro lado no parece fácil aislar una conducta negligente de la empresa en la producción del accidente, del hecho de incumplir la normativa sobre Seguridad e Higiene en las relaciones laborales, pues ambas aparecen íntimamente relacionadas. (G. G. C.)

28. Culpa extracontractual: muerte por asta de toro en espectáculo taurino organizado por Ayuntamiento: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: doctrina general: hechos ocurridos después de la Ley de 1992 y su Reglamento.—Las sentencias de la Sala 1.ª dictadas desde la entrada en vigor de la Ley de 1992 sobre Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y su Reglamento de 1993 en materia de responsabilidad patrimonial, respecto a la vía procedente para reclamar por culpa

extracontractual a las diferentes Administraciones Públicas, coinciden que es la contencioso-administrativa según los artículos 139 a 144 de la Ley de 1992; y para que no quedase duda de ello en el Preámbulo del Real Decreto que aprueba el Reglamento de 1993, se dice expresamente que es a dicha jurisdicción, con exclusión de otras, a la que corresponde dirimir las cuestiones que se susciten, bien nazcan esas obligaciones de relaciones de derecho público, ya lo sean en virtud de derecho privado; y consecuente con esta manifestación de intenciones del preámbulo, en la DT del Reglamento se sanciona esta tesis; criterio que es el mismo que el mantenido por esta Sala en S de 16 de diciembre de 1998, en la que claramente se pone de manifiesto este cambio de posición jurisprudencial, debido exclusivamente a las nuevas normas contenidas en la Ley y Reglamento citados, que han sido dictadas para acomodarlas a las disposiciones europeas en este particular, especialmente el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que ordena concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contenciosa. No puede invocarse la jurisprudencia de la Sala 1.^a que atribuye a la jurisdicción civil la competencia para entender sobre reclamaciones de culpa extracontractual frente a entidades públicas, porque esas sentencias se refieren a las acciones promovidas con anterioridad a la vigencia de la Ley de 1992 y su Reglamento de 1993. (STS de 16 de marzo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia continúa una línea jurisprudencial que ya resulta muy clara, y sin excepciones, respecto a la jurisdicción competente para entender de la acción indemnizatoria contra un Ayuntamiento organizador de un espectáculo taurino, en cuyo transcurso un espectador resultó muerto por un toro que penetró en la parte dedicada a localidades de pago. Los hechos ocurren el 10 de septiembre de 1993, y la demanda parece que se interpuso en 1994, siendo inadmitida por defecto de jurisdicción en ambas instancias; es de observar que junto al Ayuntamiento demandado aparecen otras personas y entidades privadas. Ponente es el Magistrado don José de Asís Garrote. (G. G. C.)

29. Culpa extracontractual: daños en la ocupación de fincas expropiadas para pantano: tala de olivos y destrucción de caseta de riego en parte no expropiada: responsabilidad conjunta de ente público y de particulares: competencia residual de la jurisdicción civil.—Es jurisprudencia mayoritaria de la Sala 1.^a TS que cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares (en este caso, las empresas constructoras del pantano), dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción civil, en evitación del «peregrinaje procesal», siendo una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas, y una tutela judicial efectiva.

Prueba de los daños: directa y no por presunciones.—La Sala *a quo* no ha hecho uso de la prueba de presunciones sino que apreciando y valorando las pruebas obrantes en autos que acreditan la realización de unos trabajos que no constan amparados por las órdenes del director de obra, a través de un juicio lógico jurídico, y no lógico-deductivo propio de las presunciones, declara probados los hechos acreditados; no es necesario acudir a la inversión de la carga de la prueba para establecer la responsabilidad por culpa de las empresas codemandadas, pues su actuación negligente resulta manifiesta al

proceder a la tala de olivos en una parte de la finca no expropiada, y también al no entregar en el plazo previsto la instalación de los elementos para riego, lo que imposibilitó esa tarea en tiempo oportuno, con los consiguientes perjuicios que han sido acreditados. (STS de 26 de febrero de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque no consta con precisión la fecha de producción de los perjuicios parece que son anteriores a la Ley de 1992, por lo cual cabe calificar de transitorio al derecho aplicable. La demanda se estimó en ambas instancias, con reducción del *quantum* reclamado (de casi 21 millones, a poco más de 15). En todo caso, la doctrina jurisprudencial que invoca la sentencia sólo se califica, con acierto, de *mayoritaria* por existir sentencias en contra, es decir, a favor de la jurisdicción contenciosa. (G. G. C.)

30. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de fuegos artificiales durante procesión en fiestas patronales: responsabilidad solidaria del pirotécnico o «cohetero».—Sin perjuicio de la responsabilidad que al Ayuntamiento pueda corresponder en su propio ámbito de actuación, el recurrente por su condición de técnico en la materia, personal y directamente encargado del artefacto que hizo explosión (llamado *colmena* lanzadora de cohetes), era el obligado de advertir el peligro derivado del humedecimiento de la parte superior de la *colmena* debido a la lluvia caída a lo largo del día, con el consiguiente riesgo de explosión por no haber ardidado parte de sus cohetes; se trató de un suceso previsible y que, como tal, pudo haber sido evitado si el recurrente hubiera puesto una mínima diligencia de su parte, advirtiendo del peligro derivado de la lluvia, e, incluso, negándose en último extremo al disparo de los cohetes, precisamente por su condición de técnico en la materia y encargado directo de la *colmena*, de modo que no concurrió caso fortuito.

Responsabilidad de la cofradía organizadora de la procesión: cofrade que actúa por cuenta de la cofradía en la contratación del técnico.—La cofradía era organizadora de los actos, no sólo religiosos, sino también de los fuegos artificiales que acompañaban la salida de la imagen, distribuyendo y obligando a conectar los juegos pirotécnicos de los distintos coheteros que se contrataban al efecto, por lo cual venía obligada, tanto a que los técnicos contratados tuvieran la debida cualificación, como a procurar que sus instrucciones de conexión entre los distintos juegos pirotécnicos no constituyeran un factor de aumento del riesgo, e incluso a suspender por completo los fuegos artificiales dado el conocido peligro que entraña el humedecimiento de los artefactos producido por la lluvia; por otro lado, difícilmente cabe imaginar que el cofrade que concertó los servicios del pirotécnico pudiera hacerlo por cuenta propia, cuando la organizadora de los actos era, en realidad, la cofradía.

Responsabilidad del Ayuntamiento.—El Ayuntamiento tampoco podía considerársele en absoluto ajeno a unos actos que se repetían todos los años para celebrar el patrón de la localidad; se trataba de actos conmemorativos de ámbito reconocidamente local, con afluencia masiva de los vecinos para presenciarlos, y que incluían el lanzamiento de fuegos artificiales de cierta importancia, en cuanto que éstos no se limitaban a lanzar cohetes al aire, y al compás de la procesión, sino que consistían en diversos ingenios colocados en la vía pública, y conectados unos con otros; de aquí que existiera un ineludible deber por parte del Ayuntamiento de velar por la seguridad del numeroso público asistente a los actos, tanto delimitando las zonas para evitar una

excesiva proximidad de los vecinos a los artefactos pirotécnicos, como, en el caso examinado, cerciorándose de que la lluvia caída a lo largo del día no aumentaba el riesgo que de por sí conllevan los fuegos artificiales, todo ello a tenor del artículo 29 letra *a*) de la Ley de Bases del Régimen Local. El supuesto aquí examinado es análogo al resuelto por la STS de 3 de enero de 1999, aunque con la diferencia de ser aquí el Ayuntamiento el organizador del festejo. (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—El hecho ocurre el 3 de abril de 1987 con ocasión de una procesión organizada por la Cofradía de la Patrona, durante la cual se hace funcionar un sistema coordinado de fuegos artificiales, aunque debido a su mal estado por la humedad de la lluvia caída durante la jornada, se origina una explosión con el resultado de lesiones graves causadas a un espectador que sufre la amputación de una pierna. Se interponen varias demandas contra distintos responsables, y se acumulan originando una estimación parcial de aquéllas; la presente sentencia rechaza los recursos de casación interpuestos por los condenados solidariamente. Por razón de la fecha de los hechos, y de la presentación de la primera de las demandas, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992, no se alega, ni plantea la posible incompetencia de jurisdicción por resultar demandado el Ayuntamiento. Está justificada la condena solidaria a los diversos responsables intervinientes en el hecho. Los trece años de duración de los procesos civiles para exigir la responsabilidad resultan, aunque frecuentes, poco justificables. (G. G. C.)

31. **Culpa extracontractual: muerte por atropello de tren en paso a nivel peligroso: negligencia de RENFE: doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo.**—Para que pueda exigírsele responsabilidad al creador de un riesgo, según SSTS de 31 de enero de 1992, 17 de noviembre de 1998 y 29 de mayo de 1999, hace falta que la actividad de que se trata implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios debiendo tenerse muy en cuenta la conducta concurrente del perjudicado, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante del resultado, habrá de estarse al *principio de la causalidad adecuada*. En el presente caso resulta clara la creación e innecesaria perpetuación de grave riesgo por parte de RENFE, siendo inconsecuente que lo mantenga en el mismo estado originario, y lo anuncie como peligroso autoexonerándose de toda responsabilidad; en efecto, si bien inicialmente era inevitable la creación de un paso a nivel, luego ha resultado quedar el mismo enclavado en el núcleo urbano de población, lo que ha llevado a abrir un paso a nivel inferior en las inmediaciones del primero, para vehículos y personas, pero habiendo solicitado y obtenido la RENFE la permanencia del primero con la colocación de un tornio de acceso, que nada impide, y la de un letrero patentizándose la noción de peligro.

Concurrencia de culpa: negligencia de la víctima.—No menos clara resulta la tan usual como innecesaria utilización del paso a nivel por la peatona fallecida, que era perfecta conocedora del lugar y de sus riesgos, como también de la seguridad que ofrecía la utilización del paso inferior, pese a lo cual cruza la vía férrea por lo más inadecuado, en el tiempo más adverso —la noche de invierno no habría de mejorar la precaria visibilidad que durante el día ofrecía aquella vía—, y con una edad exigente de más cuidados, coadyuvando al fatal resultado producido para ella, con una intensidad que ha sido

tenida en cuenta en la determinación del *quantum* indemnizatorio. (STS de 25 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El accidente ocurre en el año 1988, en un paso a nivel situado en Villagarcía de Arosa, muy peligroso por la existencia de una curva a cien metros de aquél que impide la visibilidad. En la otra dirección RENFE abrió un paso subterráneo, pero solicitó del Ayuntamiento la conservación del existente en el lugar del accidente. El ciudadano corriente se interroga: ¿para cuándo un Plan nacional de eliminación de pasos a nivel peligrosos, tanto en las líneas nacionales, como regionales? Se solicitaban ocho millones de indemnización, y en primera instancia se otorgaron seis, que el TS conserva al revocar la sentencia absolutoria de la Audiencia. Doce años de retraso en resolver el pleito hace todavía más evidente la insuficiencia de la cuantía concedida. (G. G. C.)

32. Culpa extracontractual: responsabilidad de los Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña: adopción de sistema automático de cierre de puertas, precedido de señales acústicas: culpa exclusiva de la víctima.—La parte actora no logra precisar en qué pudo consistir la conducta negligente de la jefa de tren y maquinista demandados, no bastando con aducir una actuación no lo suficientemente diligente por los manipuladores del sistema de control; la empresa ferroviaria no es responsable por el mero hecho de haber adoptado un sistema de cierre automático de puertas, precedido de señales acústicas, y sea cualquiera la causa del daño; antes bien, dicho sistema no merece la consideración de un riesgo por sí mismo, sino, por el contrario, de mecanismo destinado a evitarlo en lo posible, ya que el riesgo no reside tanto en el cierre de las puertas como en el propio inicio de la marcha del tren que, para la seguridad de los viajeros, exige que las puertas de coches o vagones estén cerradas; de la valoración de prueba se deduce que era la actora-recurrente, viajera habitual de esa línea, quien tenía que haberse abstenido de tomar apuradamente el tren cuando sabía que las puertas estaban próximas a cerrarse, y aquél iba a iniciar su marcha de un modo no diferente al de todos los días. (STS de 6 de abril de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina plausible (Pte. Sr. Marín Castán) al destacar las obligaciones accesorias de seguridad que también debe adoptar el usuario de los Ferrocarriles suburbanos, cuando la empresa ha instalado en los trenes un sistema automático de cierre precedido de señales acústicas. Se trata de un sistema más perfecto que el consistente en la vigilancia de un empleado que daba la señal cuando el último viajero había subido al tren, no excluyente, en la práctica, de fallos humanos. El cierre automático asegura la coincidencia cronológica de haberse producido el mismo en todos los coches, en instantes inmediatamente anteriores al arranque, con tiempo suficiente para que los últimos viajeros accedan normalmente a aquéllos. El FD 2.º describe minuciosamente las fases sucesivas de anuncio, cierre y arranque del tren, tal y como se practica en dichos ferrocarriles, sin que la actora haya logrado demostrar ninguna conducta culposa de los empleados. Es razonable la desestimación de la demanda de indemnización, que igualmente había sido rechazada en ambas instancias. Sin embargo ¿resulta justo deducir que el

accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima? ¿Habrá que considerar vigente una inversión de la carga de la prueba, pero *en contra de la víctima*? En todo caso, será más difícil probar la culpa de los empleados del suburbano, una vez instalado el nuevo sistema de cierre de puertas. La sentencia niega rotundamente que pueda aplicarse la responsabilidad por riesgo, ya que, además de los márgenes de seguridad que ofrece el nuevo sistema, la viajera conocía por utilizar a diario estos ferrocarriles, el modo de funcionamiento del cierre automático. Véase la anotación a la STS de 2 de marzo de 2000. (G. G. C.)

33. Culpa extracontractual: accidente en escaleras mecánicas de estación de RENFE: doctrina general sobre el principio culpabilístico u objetivo de la responsabilidad de los artículos 1902 y 1903 CC.—Como epítome de una doctrina jurisprudencial, pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la STS de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que «la doctrina de esta Sala no ha objetivizado en su exégesis del artículo 1902 CC su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado», «por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalencia del de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado dicho artículo»; es de tener muy en cuenta, además, la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta la exoneración de responsabilidad por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica.

Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante: prueba.—La doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los acontecimientos normalmente aceptados; en cada caso concreto debe valorarse si el antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos; se precisa 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 repararlo, pues «el cómo y el por qué se produjo el accidente» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Accidente debido a caída o traspies de persona de avanzada edad en escalera mecánica: ausencia de nexo causal: inaplicación de la teoría del riesgo.—De la prueba se desprende que el funcionamiento de las escaleras mecánicas no tuvo incidencia alguna en la causación del accidente que afligió a la lesionada, que no fue otra cosa que una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad, sin que se haya demostrado la existencia de deficiencias técnicas en las juntas de peldaños de la escalera, la producción

en ésta de movimientos bruscos y descompasados, que motivaran la caída de la víctima, así como tampoco hay la menor constancia acerca de la ocurrencia de accidentes en la estación, similares al que aquí nos ocupa; por todo ello hay que concluir que falta absolutamente el nexo causal entre el daño causado a la recurrente y la acción de la parte recurrida.

Inaplicación de la teoría del riesgo.—Según STS de 20 de marzo de 1993, la teoría del riesgo hay que aplicarla con sentido limitativo, y no a todas las actividades de la vida sino sólo a las que impliquen un riesgo considerable, anormal en relación a los estándares medios; desde luego, la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal. (STs de 2 de marzo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Las SS de 2 de marzo y 6 de abril de 2000 coinciden en declarar que no hay responsabilidad civil por riesgo por los accidentes que puedan derivarse de la instalación de una escalera mecánica en una estación de ferrocarril, y tampoco en el establecimiento de un sistema de cierre automático de puertas de los coches, avisando previamente por señales acústicas. La doctrina así formulada merece alguna puntualización. En la S de 2 de marzo se dice literalmente que el accidente se debió a *una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad*; pero no se concreta ésta, ni si la mujer deambulaba sola, o acompañada, si se ayudaba de bastón o iba cargada de bultos, si era usuaria habitual de la estación o no. Yo creo que después de la irrupción de la llamada Tercera Edad en la vida social (representa más de la quinta parte de la población) tal sector de población debe ser tenido en cuenta en orden a su posible utilización de aquellos mecanismos cuyo manejo o uso pueden ofrecerles dificultades. La empresa debiera anunciar en lugar muy visible: «No recomendable el uso de escaleras automáticas a mayores de ... años», «No suba al tren después de oír la señal acústica», «Espere la llegada del tren siguiente para subir sin agobios», etc. En la segunda sentencia hay algunos datos sobre la usuaria accidentada, que además conocía el modo de funcionar el cierre automático de puertas en los Ferrocarriles de Cataluña; pero no ofrece explicación plausible del accidente, con lo cual parece que volvemos a los primeros tiempos de la rigurosa interpretación de los requisitos del artículo 1902. (G. G. C.)

34. Responsabilidad civil extracontractual. Cómputo del plazo. Inicio. Alta médica.—Como indica el TS (STS de 25 de febrero de 1987), el inicio del cómputo del plazo de la acción de reclamación de responsabilidad extracontractual se sitúa en el momento en que se tiene conocimiento exacto de la extensión del resultado dañoso. En los casos de daños corporales, si bien dicho momento suele coincidir con el del alta médica, reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 1986, 8 de junio de 1987, 8 de octubre de 1988, 15 de julio de 1991, 26 de mayo y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995 y 22 de noviembre de 1999) precisa que cuando subsistan secuelas físicas o psíquicas cuya naturaleza requiera una continuación del tratamiento para la cura definitiva o un expediente dirigido a determinar las consecuencias del daño, el *dies a quo* del cómputo del plazo se

situará en el momento en que se pueda determinar el alcance del daño, con independencia del momento de alta médica.

Responsabilidad civil. Naturaleza de la relación con la Seguridad Social.—Sobre la base del artículo 12 LGSS, que ordena la afiliación obligatoria de los trabajadores a la Seguridad Social, establece el TS que la relación que une a los afiliados a la Seguridad Social con los centros sanitarios integrados en la misma no tiene naturaleza contractual, sino jurídico-pública o por imposición legal y que, como tal, debe encuadrarse, a efectos de responsabilidad, en los artículos 1902 y ss. CC.

Relación de la jurisdicción civil con la jurisdicción social.—Es doctrina constante del TS (SSTS de 18 de octubre de 1986, 5 de diciembre de 1995 y 6 de febrero de 1996) la que establece que la competencia del orden civil no depende ni se subordina al orden social. De hecho, no existe vinculación entre ambas jurisdicciones, de manera que las sentencias pronunciadas en el orden social no producen efectos en el orden civil, sino únicamente en su propio ámbito legal-procesal. (STS de 12 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras someterse a tres intervenciones sucesivas a cargo de un mismo médico, don F.M.M. recibe el alta médica en el año 1991. Habiendo quedado incapacitado para su trabajo, insta proceso ante la jurisdicción social que termina en 1992 con sentencia en la que se reconoce su situación de incapacidad permanente total y se le concede una pensión mensual. Dos años después, interpone ante la jurisdicción civil demanda de responsabilidad extracontractual por negligencia contra el Servicio Andaluz de Salud y el médico que le practicó las tres intervenciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción alegada por los demandados. Don F.M.M. recurre la sentencia en apelación, siendo desestimado el recurso por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone el demandante en primera instancia.

NOTA.—Pese a que en esta sentencia el TS califica de extracontractual la relación que se establece entre los afiliados a la Seguridad Social y los centros sanitarios dependientes de la misma, no se trata de una doctrina unívoca. De hecho, otras sentencias (como las SSTS de 29 de octubre de 1992, 18 de febrero y 31 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998) no dudan en calificar dicha relación como contractual. Para un estudio más amplio de este tema, *vid.* Esther Gómez Calle («El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, 1998, tomo LI, fascículo IV, pp. 1710-1714). (A. M. M.)

35. Culpa extracontractual: responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. Graves lesiones oculares por impacto de tiragomas.—El suceso ocurrió en 1985 cuando el hijo menor del padre recurrente, con ocasión de encontrarse jugando en la calle, recibió un impacto de un balín en su ojo izquierdo, que fue lanzado por el también menor, hijo de los demandados, al dispararle con un tiragomas que él mismo había fabricado, valiéndose de la boquilla de una botella a la que sujetó un globo; las graves lesiones oculares causadas determinaron que se produjera intensa disminución de la visión del agredido. Los hechos probados confor-

man culpa del artículo 1902 CC, y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho; se trata de una culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad.

Quantum indemnizatorio.—Si bien no resultó suficientemente demostrado, en el caso de autos, el período de su incapacitación, no puede dejarse de lado que, dada la gravedad de las lesiones y el necesario tiempo que exigió su curación, se presenta como hecho notorio que el menor lesionado evidentemente tuvo que estar imposibilitado para sus ocupaciones habituales, que no eran otras que su asistencia al colegio, con el consiguiente retraso en sus estudios, integración y formación escolar, tratándose de una situación que bien cabe fijar y valorar en ejecución de sentencia, precisando los días que efectivamente han de computarse como de baja de sus tareas habituales; en dicha baja escolar cabe incluir el sufrimiento moral que indudablemente afectó al menor. (STS de 11 de marzo de 2000; ha lugar en parte.)

NOTA.—Quizá quepa interrogarse sobre el sentido de la frase literal que se toma del FD 2.º: *responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva*. La responsabilidad por riesgo aparece bastante perfilada en la jurisprudencia, pero la de semi-riesgo me parece una innovación poco afortunada. ¿O quiere significarse que *ser padres* es profesión u oficio de (semi-) riesgo? En cuanto a la responsabilidad de los progenitores calificada de *cuasi-objetiva*, son frecuentes las declaraciones jurisprudenciales que ponen de relieve la casi imposibilidad de aplicar la causa exoneratoria del párrafo final del artículo 1903 CC. Por cierto que resulta llamativa la omisión de la cita de este precepto, en que incide la S extractada (*¡Iura novit curia!*). En cambio, me parece acertada la argumentación utilizada para calcular el *quantum* indemnizatorio, pues el menor lesionado sufrió un retraso objetivo en su educación, que, ciertamente, tuvo que causarle sufrimiento moral, pero también perjuicio en su formación que probablemente se ha manifestado en parámetros tangibles (pérdida de curso, retraso en alcanzar los niveles normales de los chicos de su edad, etc.). (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil de los padres por hechos cometidos por menores: sanción impuesta por los anteriores Tribunales Tutelares de Menores: prevalencia de la responsabilidad penal sobre la civil para determinar la existencia del hecho dañoso: pérdida de ojo por disparos realizados por menores.—Según reiterada jurisprudencia la responsabilidad de los padres de los menores denunciados se funda en el artículo 1903 CC. Sobre la base del valor vinculante de los *hechos probados* que el Tribunal Tutelar de Menores declaró, dada la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (art. 114 LECr), sin distinguir cual sea la jurisdicción ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, y sin comprender ninguna excepción, siendo los Acuerdos de los anteriores Tribunales Tutelares de Menores, proclamadores de hechos probados vinculantes en el ámbito civil.

Solidaridad.—La sentencia recurrida incurrió en el olvido del carácter solidario entre los sujetos responsables del ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer las distintas responsabilidades, según reiterada jurisprudencia. (STS de 11 de abril de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de un menor lesionado por disparos de rifle de aire comprimido accionados por otros dos menores, reclaman a los progenitores de éstos una indemnización superior a los trece millones de pesetas por la pérdida del ojo; la sentencia íntegramente estimatoria del Juzgado de Primera Instancia es revocada por la Audiencia Provincial. La Sala 1.^a (Ponente Sr. Martínez-Pareda Rodríguez) revoca, a su vez, la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado. El fallo y argumentación son de aprobar, aunque hayan desaparecido los Tribunales Tutelares de Menores, sustituidos por los Jueces de Menores. (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: lesiones causadas a escolar durante el recreo: negligencia de los profesores: responsabilidad del Ministerio de Educación y Ciencia.—Las lesiones con graves secuelas, sufridas por un escolar de siete años en un colegio público, en la hora del recreo, al recibir un balonazo, ignorando la clase de balón y quién lo lanzó, son imputables a una negligencia de los profesores encargados de la vigilancia, quienes, aunque no fueron demandados, su conducta merece reproche al estar probado que ni siquiera se enteraron del suceso, siendo un juego compartido por niños de corta edad y adolescentes; además, la atención facilitada al lesionado por la profesora que impartía lecciones en el aula fue superficial e incorrecta, habida cuenta de que se limitó a aliviarlo con un poco de agua y a llevarlo a las dependencias de Secretaría, donde no hay constancia de que se le prestara ningún tipo de socorro sanitario, a la espera de que lo recogiera su madre al terminar las clases de la mañana, todo lo cual deviene en responsabilidad civil de la Administración.

Quantum indemnizatorio: incapacidad absoluta de por vida.—Al quedar desechada una futura evolución favorable, es evidente que la gravedad de las lesiones y secuelas del menor entraña la situación de una incapacidad absoluta de por vida, para regir su persona y bienes, así como su total dependencia de otra persona para vigilar y controlar todas sus necesidades, de modo que procede estimar la cuantía reclamada en la demanda que asciende a treinta y cuatro millones de pesetas, con los intereses del artículo 921 de la LEC desde la fecha de esta sentencia. (STS de 10 de abril de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Sr. García Varela). El Juzgado de Primera Instancia en 1994 redujo la petición a veintiocho millones de pesetas, a cuyo pago condenó solidariamente al Ministerio y al director del colegio; la Audiencia Provincial los absolvió, desestimando íntegramente la demanda, sin que conozcamos las razones. La Sala 1.^a, en matizada sentencia, absuelve acertadamente al director del colegio, con cita de la STS de 22 diciembre 1999, en caso similar, con el argumento de que no «cabe descargar en el director del colegio una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurra en el mismo, con el riesgo de convertir la culpa in vigilando en un expediente que conduzca a la res-

ponsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite y la jurisprudencia rechaza». De notar es que los profesores que han incurrido en negligencia no han sido demandados, no obstante lo cual de la prueba practicada resulta su realidad. Hay que aplaudir que la Sala no redujera la cuantía indemnizatoria reclamada, en atención a las gravísimas secuelas del traumatismo craneo-encefálico, y en ello habrá influido el dato nada desdeñable de que el lesionado va a recibir una indemnización —ciertamente importante—, pero al cumplir veintitún años por unas lesiones sufridas a los siete, habiendo vivido a su costa, o a costa de su familia, durante este prolongado período. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: daños causados a las personas por perros mastines de guarda: pérdida de la condición de perros domésticos.—Los ataques de las personas por parte de perros sujetos al dominio del hombre e integrados en su patrimonio se presentan frecuentes en la actualidad, adquiriendo un alarmante protagonismo y sin dejar de lado que han ocurrido en todos los tiempos, resultan injustificables cuando los avances científicos permiten la utilización de medios técnicos adecuados para el control de estos animales, máxime por manipulaciones genéticas, alimentarias o de otro tipo, se propicia su fiereza, y de este modo se les hace pasar de la condición de domésticos a la de animales dañinos, con la necesaria intensidad en su vigilancia y control, y su sola tenencia ya significa la instauración de un riesgo por razón del peligro que representan para las personas, sobre todo si se trata de niños o ancianos. Estas situaciones deben alertar a los órganos de la Administración competentes para dictar las medidas preventivas necesarias, que deben tener presencia eficaz en la sociedad, resultando adelantadas las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas.

El artículo 1905 CC.—Con precedentes romanos en la *actio de pauperie*, nuestro derecho histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada; así el Fuero Real (4.4.20) obligaba al dueño de los animales mansos —que incluía a los perros domésticos—, a indemnizar los daños causados; las Leyes de Partida (7.15.21 a 23) imponían a los propietarios de animales feroces el deber de tenerlos bien guardados y la indemnización incluía el lucro cesante. El artículo 1905 CC no distingue la clase de animales, y como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 3 de abril de 1957, 26 de enero de 1972, 15 de marzo de 1982, 31 de diciembre de 1992 y 10 de julio de 1995), constituye uno de los pocos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, al proceder el daño del comportamiento agresivo del animal, exigiendo el precepto sólo causación material.

Basta la utilización del animal en provecho propio: no requiere concurrencia de culpa.—El destino de los mastines era la custodia de la finca propiedad de los recurrentes, que dedicaban a explotación agropecuaria, siendo esta raza de perros normalmente utilizada por sus aptitudes para el cuidado del ganado, sin perjuicio de que puedan cumplir funciones de vigilancia, lo que acredita por sí que dichos titulares dominicales eran los que se beneficiaban de los animales, bastando la utilización en provecho propio para que surja la obligación de resarcir (SSTS de 14 de mayo de 1963, 14 de marzo de 1968, 28 de abril de 1983 y 28 de enero de 1986); se trata de propietarios-poseedores, estando los animales bajo su guarda, tanto en su dimensión de guarda-jurídica como de guarda-material. El artículo 1905 CC no precisa de

la concurrencia de culpa o negligencia de las personas siendo suficiente la demostrada condición de dueños, y la imputabilidad que les corresponde resulta acomodada al precepto, obligándoles a responder de los daños que los animales causen, aunque se hubieran escapado del recinto donde se encontraban, como es el caso de autos.

Exoneración por fuerza mayor: no procede.—El artículo 1905 CC establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, en razón a que el hecho de tener y disfrutar de los perros en interés público, entraña riesgos que el propietario debe asumir en sus consecuencias negativas, con lo que viene a ser decisivo que los daños hayan sido causados por animales identificados (STS de 27 de febrero de 1996); la presunción no ha sido destruida eficazmente por prueba adecuada y suficiente; aquel precepto sólo contempla la exoneración por daños imprevisibles o inevitables. (STS de 12 de abril de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos básicos consisten en que los perros mastines propiedad de los demandados atacaron brutalmente a unos menores cuando jugaban en paraje próximo a la finca donde aquéllos se hallaban albergados, causando a uno de ellos importantes lesiones en la cabeza y gravísimas secuelas estéticas que han condicionado negativamente su vida futura, y a otro lesiones de menor consideración. En la demanda se solicitaron, respectivamente, una indemnización de 50 millones de pesetas y 210.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia las redujo a casi 34 millones y medio de pesetas y a 150.000 pesetas, condenas que se conservaron por la Audiencia Provincial, no dándose tampoco lugar al recurso de casación.

En la sentencia de la Sala 1.^a (Pte. Villagómez Rodil) cabe destacar: 1.º Una llamada a los poderes públicos competentes para que legislen en esta novedosa materia con medidas preventivas, lo que resulta aconsejable a la vista de la indudable *alarma social* que los hechos están suscitando. Por tanto, no parece que se trate de modificar el criterio de atribución de responsabilidad del artículo 1905 CC, sino de controlar administrativamente y de forma directa, la existencia de estas razas de canes agresivas —por naturaleza, o manipulación humana— para el hombre, imponiendo, por ejemplo, revisiones veterinarias periódicas, su inscripción y claros modos de identificación etc.; 2.º En cuanto a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, la utilización conjunta que hace la sentencia de los calificativos, tales como manifestación de responsabilidad objetiva y de responsabilidad por riesgo, no carece de evidente contradicción pues se habla de *presumptio iuris et de iure* de responsabilidad, y a renglón seguido se admite la prueba en contrario; 3.º Una interpretación amplia de la fuerza mayor como causa exoneratoria, al aludir a *daños imprevisos o inevitables*, lo que no resulta pacífico en la doctrina (cfr. De Ángel Yagüez, comentario al artículo 1905, en *Comentarios Ministerio Justicia*, II, p. 2037 ss.); 4.º Con acierto subraya la sentencia que el artículo 1905 CC no distingue la clase de animal causante del daño —con evidente alusión al art. 465 CC—, si bien en otro lugar se dice que por causa de manipulaciones del hombre los animales amansados pasan a la categoría de animales *dañinos*; no creo que se trate de una nueva clasificac-

ción de los animales en el derecho, pues es evidente que cualquiera de ellos puede originar los daños que el artículo 1905 CC ordena resarcir, mereciendo la calificación de dañino. Por lo demás, la sentencia es de aprobar en cuanto al fondo. (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica: trasplante de médula: ausencia de consentimiento informado: derecho transitorio: atribución a la jurisdicción civil.—El conflictivo tema del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad en las que se demanda, generalmente, junto con los médicos intervinientes, en los actos médicos originadores, a la Administración sanitaria o entidad de la Seguridad Social, se había manifestado en problemas, como el debatido y agudizado, sobre todo a partir de la promulgación de la Ley de 1992, dando lugar a criterios jurisprudenciales no concordados, según el orden jurisdiccional al que se acudía en petición de tutela judicial. Tratándose de un caso de derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscitan y cuyas fechas de entrada en vigor acreditan no sólo su necesidad, sino también el inicio temporal de su eficacia, junto con el respeto a lo que son determinaciones jurisdiccionales de esta Sala de casación, como órgano soberano en su respectivo orden, sin vinculación con los criterios jurisprudenciales de otras Salas, exige precisar que el asunto que se somete a su enjuiciamiento corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional civil: en efecto, la demanda fue presentada el 26 de febrero de 1993, ya entrada en vigor la Ley de 1992, pero todavía pendiente de desarrollo normativo.

Negligencia del Servicio Andaluz de la Salud: trasplante de médula: ausencia de reglas internas sobre prestación del consentimiento informado: insuficiencia del consentimiento tácito.—Se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos, al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna; por tanto, no es de recibo la imputación que hace dicho Servicio, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, no siendo suficiente el consentimiento tácito; ciertamente, la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada, y, por tanto, no concurrió consentimiento válido expresamente presunto. (STS de 7 de marzo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—El FD 3.º reitera la conocida doctrina sobre la *vis atractiva* y la necesidad de evitar el peregrinaje de jurisdicciones, con cita expresa de las recientes SSTs de 12 y 26 de mayo de 1997. También se dice en el FD 2.º que en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor constituidas por el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 julio; DA 12.ª de la Ley 4/1999, incorporada a la Ley 30/1992; y la LOPJ, nueva redacción del artículo 9-4, dada por la Ley Orgánica 6/1998. Se trata, en el caso, de una declaración *obiter*, aunque no resulta innecesario que se reitera dicha doctrina,

en este cierto ambiente de confusión sobre esta cuestión que la propia sentencia califica de conflictivo tema del orden jurisdiccional competente. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad solidaria de los médicos y de la Mutua de Accidentes: error de diagnóstico: doctrina del resultado desproporcionado.—Es indudable la presencia de un error de diagnóstico en la dolencia sufrida por una trabajadora de la limpieza, que sufrió un traumatismo en su muñeca izquierda por causa de una caída fortuita; si bien en un principio el tratamiento prescrito para el esguince a base de antiinflamatorios e inmovilización de la articuladora mediante férula de yeso, no era inadecuado para la dolencia real que aquejaba a la actora, procede reprochar al doctor F.B.P. la persistencia del tratamiento con antiinflamatorios, pues es científicamente conocido y divulgado que, después de una fase aguda de inflamación, se produce una fibrosis en los tejidos, careciendo de utilidad curatoria dichos medicamentos; también corresponde imputar a los médicos demandados no haber practicado con prontitud las verificaciones oportunas para comprobar la verdadera afección de la actora, por lo que, averiguada a través de la artroscopia, se precisaba verificar una operación quirúrgica, que se difirió tres semanas, cuando la recuperación de la muñeca lesionada era más difícil por el transcurso de varios meses desde la realización de la caída, todo lo cual denota la inobservancia de la *lex artis ad hoc* en los dos médicos traídos al proceso; además, conforme a la doctrina de la STS de 2 de diciembre de 1996, no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido de su conveniente utilización. (STS de 11 de abril de 2000; ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

41. Inmuebles por incorporación. Son bienes muebles los azulejos que revisten una habitación tras su separación de las paredes que revestían.—El recurrente entiende que el conjunto de azulejos objeto de este litigio tienen la consideración de bienes muebles, ya que han sido separados de las paredes a que estaban adheridos, y, por tanto, ha adquirido su propiedad por prescripción al concurrir en el recurrente los requisitos necesarios para ello.

Colocado el conjunto de azulejos como revestimiento de una de las habitaciones del Palacio de Velada, donde han permanecido a lo largo de un periodo de tiempo indeterminado, posiblemente desde que se realizaron esas piezas por su autor, se produjo una incorporación definitiva al inmueble; ahora bien, no puede afirmarse que la azulejería en cuestión constituya un elemento constructivo del edificio que sólo pueda separarse de éste mediante su demolición. Se trata de un elemento de ornamentación que, dada la forma en que estaba adherido o fijado a las paredes de la habitación que recubría, podía ser desmontado sin deterioro del mismo o de las paredes. Si bien, mientras permanecieron unidos los azulejos a las paredes constituían un bien inmueble,

ese carácter lo perdieron cuando las propietarias del edificio vendieron el conjunto de azulejos al Estado y decidieron su separación de las paredes que revestían.

No deja de ser contradictoria en sí misma la sentencia recurrida en cuanto califica el revestimiento de azulejos como bien inmueble por incorporación y sin embargo admite la validez de su venta separadamente del inmueble al que se incorporaron; es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que los inmuebles por incorporación, al ser parte integrante de aquél al que se unieron, no pueden ser objeto de negocio jurídico de clase alguna de forma separada, salvo, como dice algún autor, que se trate de un acto referido a cosas futuras, que sería, en todo caso, lo que sucedió en el supuesto contemplado; el Estado adquiriría una cosa mueble futura, por la separación de los azulejos de la habitación, lo que podía realizarse, como así ha sucedido, sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. Por todo ello, debe calificarse el conjunto de azulejos de que se trata como un bien inmueble y en tal concepto lo adquirió el Estado con la finalidad de instalarlo en el museo dedicado al autor de esa obra de cerámica.

Imprescriptibilidad de los bienes muebles pertenecientes al Patrimonio Histórico Español.—La calificación del bien litigioso como mueble no comporta la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida. Consta en autos que el conjunto de azulejos adquirido en su día por el Ministerio de Educación y Ciencia, incorporados en el tiempo en que se realizó la adquisición por compraventa a las paredes de una habitación del Palacio de Velada, datan del siglo XVII y son obra del alfarero Ruiz de Luna, a cuya memoria se construía un museo en Talavera de la Reina, museo al que se destinaba ese conjunto de azulejos. Se trata, por tanto, de un bien integrado en el Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, adquirido por el Estado y que está sujeto en su régimen jurídico a los preceptos de dicha Ley 16/1985, aunque no conste que hayan sido inventariados o declarados de interés cultural. Calificado ese conjunto de azulejos como bien mueble perteneciente al Patrimonio Histórico Español, es aplicable el artículo 28.3 de la citada Ley según la cual «los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles. En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el artículo 1955 del Código civil». Precepto que hace decaer la pretensión del demandado recurrente en casación de haber adquirido el bien litigioso por prescripción y conduce a la desestimación del recurso. **(STS de 30 de marzo de 2000; no ha lugar.)**

HECHOS.—La abogacía del Estado ejercita acción reivindicatoria sobre un conjunto de azulejos de cerámica del alfarero Ruiz de Luna, situado en una habitación del Palacio de Velada, de Talavera de la Reina. El conjunto había sido adquirido por el Ministerio de Educación a las propietarias del palacio, quedando éstas constituidas en depositarias hasta que los azulejos fuesen retirados de las paredes que cubrían y fuesen trasladados al Museo Ruiz de Luna, entonces en construcción. Se opone a la demanda el actual propietario del palacio, quien lo había adquirido de las anteriores titulares, depositarias de los azulejos. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia revoca la sentencia de instancia dando lugar a la acción reivindicatoria. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el propietario del palacio. *(R. G. S.)*

42. Justo título para la usucapión.—La sentencia recurrida establece con toda claridad que el justo título lo constituye, no sólo el testamento de J. R. G., que ni es nulo ni fue revocado, sino también la adquisición de los bienes hereditarios en virtud de la posesión civilísima establecida en el artículo 440 CC, abierta la sucesión, aceptada la herencia y transcurrido el tiempo determinado por el artículo 1957 CC para la prescripción de inmuebles entre presentes, con posesión ejercitada de forma pública, pacífica e ininterrumpida a título de dueño. La demandada, pues, ha usucapido los bienes en cuestión. Las dudas que en abstracto la recurrente intenta suscitar acerca del título *pro herede* no se sostienen en el presente caso, ni son atinentes las sentencias que cita, pues la de 23 de diciembre de 1971, que rechaza la usucapión se refiere a una sucesión intestada sin auto de declaración de herederos y la de 20 de octubre de 1989, pone de relieve lo contrario de lo que se afirma, pues no niega, sino que, por el contrario, reconoce el carácter de justo título de adquisición a la sucesión testada o intestada, siempre que no falten los testamentos o autos de declaración de herederos y correspondientes cuadernos particionales. No es, por tanto, posible la infracción del artículo 1952 CC, pues el testamento, producido el hecho sucesorio y adida la herencia, debe ser tenido por título legítimo de adquisición, junto con la posesión. Lo mismo cabe decir del artículo 1953 CC, dado que el testamento reúne los requisitos de verdadero y válido. (STS de 22 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante cuestiona la adquisición de determinados bienes por la demandada. Según las sentencias de Juzgado y Audiencia, la adquisición tuvo lugar por testamento y en virtud de la posesión civilísima reconocida por el artículo 440 CC, que fundamenta una usucapión consumada. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R. G. S.)

43. Acción reivindicatoria: requisitos.—La Sala de instancia no estimó meramente el mejor derecho de los actores frente a la Administración Pública, sino que apreció y estimó la reivindicación de diversos inmuebles frente a una detentación pública, primero estatal y después autonómica. La Audiencia ha estimado en los demandantes la concurrencia de los tres requisitos para el éxito de la acción reivindicatoria: tutela o acreditamiento cumplido del dominio de las fincas, su identificación y la detentación o posesión por la demandada—SS, por todas, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 15 de febrero de 1990, 24 de enero de 1992 y 30 de octubre de 1997.

Sentido y alcance del artículo 207 LH: cautela frente a la inmatriculación verificada al amparo de los artículos 205 y 206 LH.—Ya la S de esta Sala de 21 de enero de 1992, con referencia al primer precepto, artículo 207, destacó que lo que quiere decir es que el adquirente del inmueble, al amparo del artículo 205, no queda protegido hasta transcurridos dos años, añadiendo que es de lógica incuestionable que no puede pretenderse mejor condición para los títulos intabulados con el procedimiento especial del artículo 205, que los que lo fueron por los procedimientos ordinarios, pues el artículo 207 es un resorte cautelar que emplea la ley para la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados en los artículos 205 y 206.

Principio de exactitud registral (art. 38 LH): supuestos en los que no procede su aplicación.—El principio de exactitud registral sólo establece una

presunción *iuris tantum* de exactitud del asiento registral susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. Pero cuando se da perfecta identificación del terreno, al que la acción reivindicatoria se contrae, en coincidencia incuestionable con lo que predica el título de propiedad, el artículo citado no entra en aplicación. En cualquier caso, los actores, hoy recurridos, postularon, a la vez que su reivindicación, la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente y ampliación con ello de tal mandato legal, no alcanzando este Tribunal a entender en qué ha podido vulnerar el precepto, porque el motivo se abstiene de explicitarlo en su desordenada exposición. Como han recogido las SS de esta Sala de 31 de octubre de 1989, 18 de julio de 1990, 12 de marzo y 11 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1992, cuando hubiera incluso que partirse entre la contradicción entre la realidad registral y extrarregistral y, pese a que la primera tiene a su favor tal principio de exactitud, ello no puede conducir siempre a su tiempo jurídico, porque si la realidad extrarregistral se acredita en debida forma, ésta es la que ha de prevalecer sobre aquélla al reposar sobre algo real y positivo que la norma debe proteger. (STS de 15 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reivindican frente a la Agencia de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y al Estado la propiedad de un monte público. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén revoca parcialmente la sentencia de instancia declarando la propiedad de los actores. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía. (R. G. S.)

44. Naturaleza y función procesal de la acción de tercería de dominio.—Debe destacarse que, como resume la S de 28 de octubre de 1998, la naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas sentencias, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997 y 11 de marzo de 1998, que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 y ss. LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción «declarativa de propiedad» cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, SS de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: «La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo»: SS de 19 de mayo de 1989, en idénticos términos, 5 de junio de 1989, 16 de febrero, 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 24 de julio de 1992. La de 5 de diciembre de 1994 dice claramente que la acción de tercería de dominio «hay que clarificarla como meramente declarativa» del dominio. En las sentencias anteriores, entre otras muchas, se apunta la función procesal

de la tercería de dominio, que es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a otra conclusión: el auténtico –necesario y suficiente– *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados. (STS de 31 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Presta *SAFEX, S. A.*, garantía como responsable civil subsidiaria en causa penal. Recaída sentencia firme condenatoria, se declara la responsabilidad civil de los imputados condenándoseles a indemnizar a *Kashan Industries Corporation* en ciento veintitrés millones de pesetas. La Audiencia, en ejecución de la sentencia penal, decreta la inmovilización de unos pagarés librados por *SAFEX* por un total de treinta y dos millones de pesetas a fin de garantizar las responsabilidades civiles decretadas. *SAFEX* interpone demanda de tercería de dominio dictando el Juzgado de Primera Instancia auto de sobreseimiento del proceso –aclarado por otro posterior– por falta de los presupuestos necesarios para la admisión de la demanda y por no existir embargo sino depósito voluntario. Los dos autos son confirmados en apelación por un tercero que es objeto del recurso de casación. No ha lugar. (R. G. S.)

45. Adesión: fuerza expansiva del principio *superficie solo cedit*.
Carga de la prueba.—La sentencia recurrida incurre en un evidente desacierto en la aplicación del derecho, pues, si reconoce que la finca registral núm. ... pertenece a la actora, no le puede negar la propiedad de la edificación que hay en la misma, en tanto no se declare que por otra persona se probó ser dueño de lo construido. La prueba del dominio sobre la nave no le incumbe a la parte actora, le basta con demostrar el de la finca en que se ubica. El que no haya acreditado las afirmaciones de haber construido antes de constituirse la entidad *Zaragoza Hermanos, S. A.*, y de que se hizo a sus expensas, no permite establecer una especie de asunción implícita de la carga de la prueba que desplace en su contra la regla que resulta del artículo 359 CC. [...]. Por todo ello se vulnera el artículo 359 CC y jurisprudencia que lo aplica (SS, entre otras, de 10 de diciembre de 1957, 12 de noviembre de 1960, 7 de enero de 1984, 22 de diciembre de 1986, 16 de marzo de 1993 y 12 de mayo de 1998), con arreglo a los que el principio *superficie solo cedit*, que consagra el artículo citado, es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo, el cual opera a modo de una presunción *iuris tantum*, de manera que la atribución de lo edificado al propietario del terreno sobre el que se ha construido tiene lugar a salvo de prueba en contrario, por lo que el *onus probandi*, en virtud de dicha regla especial probatoria, corresponde al que pretenda la titularidad de lo construido.

Suspensión del procedimiento del artículo 131 LH por ejercicio de tercería de dominio: título del tercerista.—También es incorrecta la argumentación de la sentencia recurrida de que la presunción del artículo 359 CC no es en modo alguno suficiente para intentar la tercería porque el artículo 132, segundo, de la Ley Hipotecaria exige que se acompañe «inexcusablemente» título inscrito a favor del tercerista. Con tal forma de razonar no se

tiene en cuenta que el título respecto de lo construido deriva (fuerza expansiva de la propiedad del suelo) del título de dominio sobre la finca, y el título inscrito sobre ésta se reconoce en la propia sentencia; sin que nada obste el que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación, habida cuenta de los principios que rigen la accesión en los artículos 358 y 359 CC, como tampoco habría sido precisa tal constancia registral en el caso de haberse hipotecado la finca, pues al tratarse de una construcción a la hipoteca formaría parte *ab initio* del objeto de ésta, y por las mismas razones anteriores (art. 110.1 LH, *a contrario sensu*, y RDGRN de 6 de febrero de 1986). (STS de 1 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Flores es propietaria de una finca. Su hijo, D. A. Z., es el propietario de la finca registral contigua. Sobre ambas está edificada una nave industrial en proporción —aproximada y respectivamente— de dos tercios y un tercio. Consta en escritura pública de agrupación y obra nueva que en una tercera finca, de la que es propietaria la sociedad mercantil *Zaragoza Hermanos, S. A.*, existe una nave industrial coincidente en su descripción con la ya mencionada. Sobre esta última finca se constituye hipoteca unilateral a favor del *Banco Santander Central Hispanoamericano*, que éste acepta. Instada la ejecución de la hipoteca por el procedimiento del artículo 131 LH, interpone don Flores tercería de dominio solicitando se declare su propiedad sobre la nave. El Juzgado estima la tercería. Apela el Banco y resuelve la Audiencia reconociendo a la tercerista la propiedad de la finca pero no la de la nave. Los herederos de don Flores interponen recurso de casación y el TS lo estima. (R. G. S.)

46. Gastos comunitarios adeudados por titular de local con entrada independiente.—El motivo no procede. Pues sin perjuicio de que la sentencia integra el hecho probado de que concurre efectivo aprovechamiento y disfrute de servicios comunes (electricidad, agua, alumbrado, seguros, conservación de fachadas, administración y otros), a favor de los que recurren; lo que resulta decisivo es la imperatividad genérica del artículo 9.5 LPH, que obliga a los copropietarios a contribuir, según la cuota de participación que les corresponde, a los gastos generales para el adecuado funcionamiento del inmueble, sus servicios y demás que el precepto señala, generando su impago crédito preferencial a favor de la comunidad.

El concepto de gastos resulta amplio y comprende tanto los ordinarios que se presentan como fijos, como periódicos no fijos, y los que su cuantía varía en función al consumo y uso (agua, electricidad, calefacción), así como también los extraordinarios ocasionados por algún acontecimiento que determine su procedencia (reparaciones y similares). Para el abono de los referidos gastos queda afectado el piso o local correspondiente, tratándose de una titularidad *ob rem*, que obliga al propietario a su pago, al ostentar la denominada titularidad deudora subjetivamente real. No obstante, el artículo 9.5 permite que determinados gastos puedan tener consideración de individualizables, y actúa como excepción a la regla general, ya que permite al propietario de un piso o local determinado no abonar concretos gastos. Para que se produzca esta especie de privilegio contributivo, es preciso que en el título constitutivo aparezca la exclusión o, en su caso, en los estatutos comunitarios y también cabe que se decida en junta de propietarios mediante acuerdo tomado por

unanimidad, en razón a la concordancia del artículo 5 con el artículo 16 LPH. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido, al tener en cuenta que prevalece el principio de autonomía contractual (SS de 16 de febrero de 1971, 7 de octubre de 1978, 12 de diciembre de 1979, 21 de julio de 1988, 2 de marzo de 1989, 6 de julio de 1991, 30 de diciembre de 1993 y 16 de noviembre de 1996, entre otras).

En el caso de autos no concurre autorización titular, estatutaria o comunitaria alguna, por lo que rige la obligatoriedad del pago del referido artículo 9.5 (SS de 16 de junio de 1995 y 15 de junio de 1996), ya que el mero hecho del no uso o utilización de determinados elementos comunes o que el local tenga acceso independizado, no exime del deber de abonar los gastos conformes a la cuota participativa, de la que aquí no se discrepa. El rehúse de pago de los recurrentes carece por tanto de toda justificación. (STS de 14 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—A lo largo de once años se suceden cuatro pleitos que enfrentan a una comunidad de propietarios con los titulares de un local con entrada independiente. La comunidad reclama los gastos comunes debidos y los titulares oponen siempre como argumento para no pagarlos que —por tener entrada independiente— no hacen uso de los servicios comunes. Tras la acumulación de los procesos, el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la comunidad. La Audiencia desestima la apelación de los demandados, quienes interponen recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

47. Propiedad horizontal: necesidad de acuerdo mayoritario (art. 16, norma 2.ª, LPH de 1960) para que litigue el presidente en representación de la comunidad. La falta de mayoría no puede ser suplida con arreglo a la norma 4.ª del artículo 16 LPH de 1960.—El motivo se estima por las consideraciones que a continuación se exponen, derivadas de los artículos 16 y 13.5.º LPH de 1960.

En efecto, el acuerdo de 23 de abril de 1991, tomado en primera convocatoria, facultó al presidente para instar la nulidad de la compraventa documentada en la escritura pública de 27 de abril de 1982. Es una autorización para litigar simplemente su objeto, por lo que debió someterse a la norma 2.ª del artículo 16 precitado, y, en último término, recurrir a la resolución judicial a que alude el párrafo último de aquella norma. No se hizo esto, ni siquiera en todos los años transcurridos se ha subsanado el defecto en la personalidad del presidente.

Así las cosas, se impone como conclusión la de la inexistencia de acuerdo alguno. La aplicación de la norma 4.ª del artículo 16 que realiza la Audiencia para defender su legitimación es errónea porque no se está ante un acuerdo contrario a la ley, sino ante declaraciones de voluntad de los propietarios que no alcanzan siquiera la categoría jurídica de acuerdo, al no reunir los requisitos de la norma 2.ª del artículo 16. Tampoco cabe decir, como el recurrente mantiene, que el acuerdo es nulo radicalmente, porque esta calificación no se puede aplicar al no existir base para hacerlo.

No significa ello desconocer que el presidente asume la representación (de tipo orgánico, ha dicho esta Sala en numerosas sentencias) de la comunidad, sino señalar que no supe en todo caso la voluntad de la misma con la suya, a modo de dictadura; necesariamente ha de actuar ejecutando los acuer-

dos tomados por la Junta en su esfera de competencias. Si por imperativo del artículo 13.5.º LPH a la Junta corresponde «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio de la comunidad», no es dudoso que esa competencia legal no puede desaparecer por una concepción dictatorial de la figura del presidente. En este caso, además, no puede darse un asunto de interés general más evidente como es la recuperación de locales que se estima por la comunidad que le pertenecen. Otra cosa distinta es que en casos de necesidad urgente pueda velar unilateralmente por intereses de la comunidad, lo cual no debe prohibirse en razón de su misma urgencia y necesidad, si bien dando cuenta inmediata a la Junta para que adopte decisiones pertinentes. Una aplicación de la norma adecuada a la realidad social presente (art. 3 CC) rechaza cualquier concepción doctrinal que elimine las competencias de la Junta a favor del autoritarismo de la figura de su presidente. También es distinta la cuestión de la protección de terceros que han confiado en declaraciones o manifestaciones del presidente como si procediesen de la Junta. Además, aquí el recurrente (demandado en su día) no es tercero, sino de los propietarios que forman la comunidad.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha legitimado a cualquier comunero para actuar en cuestiones afectantes a elementos comunes cuando no lo haga la Junta. Pero aquí nos encontramos con que el presidente de la comunidad no ha instado la demanda más que en esta sola cualidad, y los poderes a procuradores los ha otorgado con esa única legitimación. (STS de 6 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El vicepresidente de una comunidad de propietarios, actuando en nombre y representación de ésta, vende —tras ser desafectada del uso común— dos locales al presidente de la misma. Años después, la comunidad de propietarios demanda al comprador solicitando se declare nula la compraventa y la restitución de los locales o de su valor al tiempo de su enajenación a tercero de buena fe. El Juzgado desestima la demanda por falta de personalidad de la actora. La Audiencia revoca la sentencia de instancia accediendo a lo pedido. El comprador, antiguo presidente de la comunidad, interpone recurso de casación que el TS estima. (R. G. S.)

48. Usufructo con facultad de disposición.—Resulta evidente que la cláusula testamentaria litigiosa recoge un supuesto normal de usufructo de disposición, figura jurídica borrosa (RDGRN de 6 de diciembre de 1929), discutida y discutible (un sector doctrinal sigue negando su posibilidad dogmática y legal, e incluso que sea necesaria), que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. La Jurisprudencia (SS, entre otras, de 22 de marzo de 1890, 19 de noviembre de 1898, 10 de julio de 1903, 14 de abril de 1905, 1 de octubre de 1919, 5 de marzo de 1926, 1 de febrero de 1927, 9 de junio de 1948, 28 de mayo de 1954, 24 de febrero de 1959, 19 de enero y 17 de mayo de 1962, 9 de diciembre de 1970, 14 de octubre y 23 de noviembre de 1971, 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 2 de julio de 1991) y la doctrina de la Dirección

General de los Registros (RR, entre otras, de 23 de julio de 1905, 29 de noviembre de 1911, 12 de enero de 1917, 22 de febrero de 1933, 9 de marzo de 1942, 8 de febrero de 1950) vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición, que suele suscitar numerosas cuestiones (diferencias con el fideicomiso de residuo; condición de heredero o de legatario; simulación, etc.), si bien en el presente juicio el problema se limita a la apreciación de la «necesidad».

Carga de la prueba de la «necesidad» legitimadora de los actos dispositivos.—La redacción de la cláusula es similar a la de otros casos (que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar, en S de 17 de mayo de 1962; sin que tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que el usufructuario lo manifieste en S de 9 de diciembre de 1970; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S de 23 de noviembre de 1971; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S de 9 de octubre de 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 de febrero de 1933 y S de 4 de mayo de 1987 (en que se deja la apreciación «a la conciencia»), y S de 2 de julio de 1991 («a su solo juicio»). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquier manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Ésta es una restricción o limitación ineluctable (SS de 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 2 de julio de 1981). La jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 CC) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo «supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle» (S de 9 de octubre de 1986), a los nudos propietarios, doctrina general que no obsta a matizaciones en relación con las hipótesis singulares.

Principio de subrogación real.—Aunque no son aplicables las reglas que rigen para la comunidad postganancial, porque se superponen las del usufructo de disposición, rige para éste el principio de la subrogación real (aplicación de la cualidad jurídica que tenía el bien de que se dispuso al que se adquiere en su sustitución), del mismo modo que para su pariente jurídico, aunque con evidentes diferencias, del fideicomiso de residuo. Tal aplicabilidad resulta de la tradición jurídica románica (D. Libro XXXI, título único, leyes 70, par. tercero, 71 y 72), de la opinión de la doctrina, y lo aconseja la razón (*quod ratio suadet*). Con arreglo a dicho principio —*pretio succedit in locum rei*— el dinero recibido por la venta no pasa a pertenecer privativamente al usufructuario, sino que sustituye el objeto, ocupando el puesto del bien enajenado. (STS de 3 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—J. M. fue instituido heredero en usufructo vitalicio por su esposa sobre la totalidad de su herencia con facultades de disponer «en caso de necesidad apreciada según su conciencia». Según la causante, al fallecimiento de su marido, los bienes de que éste no hubiera dispuesto habrían de pasar «de por mitad y en pleno

dominio» a sus sobrinas (de la testadora). Fallecida ésta, dispuso el viudo de tres fincas de naturaleza ganancial. Las sobrinas de la difunta interponen demanda en la que, entre otras, formulan la petición de que el producto de las ventas quede afecto al destino fijado por la causante dividiéndose en dos mitades, una de las cuales tendría la consideración de patrimonio propio del demandado e integrando la otra el patrimonio sujeto a la voluntad testamentaria. El Juzgado y la Audiencia acceden a lo pedido, resolviéndose en ambos casos sobre la base de no existir una situación de necesidad para la venta. Interponen recurso de casación los sucesores procesales del demandado, fallecido durante la primera instancia. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

49. Doble transmisión de inmueble: artículo 34 LH.—Se produce una doble transmisión de la misma finca y es la segunda de las que se hace la que logra acceso al Registro de la Propiedad con la consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 38 LH, de quedar legitimado ese titular según el asiento de inscripción para transmitir sin la menor traba que quepa sospechar mientras el asiento esté vigente, de forma tal que quien, de ese titular registral no contradicho o cuestionado en el Registro, adquiera a título oneroso y de buena fe el derecho inscrito e inscriba su adquisición será mantenido en ésta con independencia de la suerte que pueda correr el derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro cual dispone el artículo 34 LH. Esta garantía a ultranza para el derecho adquirido por el tercero, que culmina en las disposiciones del artículo 37 de la propia Ley, quiebra únicamente cuando aquellos presupuestos que se le exigen no se ajustan a la legalidad establecida.

Alcance de la buena fe del tercero hipotecario.—La jurisprudencia —entre otras muchas pueden citarse las SS de 23 de enero y de 19 de julio de 1989— señala como esencia de la buena fe la creencia de que la situación registral que guía al tercero en la adquisición es exacta en la titularidad que proclama, de forma que la presunción *iuris tantum* que en este ámbito proclama el citado artículo 34 LH ha de ser debidamente desvirtuada según resulta de las SS de 12 de noviembre de 1960, 11 de febrero de 1993, 30 de noviembre de 1991 y 23 de enero de 1989, impugnación que, como dice esta última sentencia, ha de hacerse con probanzas auténticas y fehacientes, lo que no se logra aquí. (STS de 14 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El presupuesto fáctico del recurso de casación —que el TS desestimarán— arranca de una doble transmisión de finca. La primera compraventa se documenta privadamente. Ante el impago de parte del precio, el vendedor decide unilateralmente dar por resuelto el contrato, sin que ello se concrete en la recuperación de la finca. Mediante escritura pública tiene lugar la segunda transmisión. Inscribe el adquirente y transmite a su vez, inscribiendo los últimos compradores su adquisición en el Registro de la Propiedad. Los adquirentes en la primera compraventa ceden mediante documento privado su adquisición a un tercero y éste, también en documento privado, vende la finca objeto del conflicto al actor, luego recurrente en la casación. El Juzgado desestima la demanda y acoge la reconvenición de los últimos adquirentes inscritos en la segunda

transmisión, a los que reconoce como legítimos propietarios. No ha lugar ni a la apelación ni al recurso de casación. (R. G. S.)

50. La fe pública registral no puede sanar un contrato nulo por encontrarse dentro del periodo de retroacción de la quiebra. Nulidad ipso iure de estos actos.—La cita del artículo 34 LH, pretendiendo el recurrente ser un tercero hipotecario, olvida que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del período de retroacción de la quiebra. Así se ha recogido en las SS de este Tribunal de 15 de noviembre de 1991 y 2 de diciembre de 1999.

El artículo 878.2 CCO resulta terminante en cuanto declara nulos *ipso iure* los actos de administración y disposición realizados por el quebrado sobre bienes de su patrimonio dentro de la fecha o retroacción de la quiebra y dicha nulidad es absoluta —SS de 28 de octubre de 1980, 20 de junio de 1996, 26 de marzo de 1997 y 2 de diciembre de 1999—. Dicha nulidad deriva de la inhabilitación del quebrado a partir de la declaración de quiebra que realiza el párrafo primero del artículo 878 citado, no cabiendo por ello ningún tipo de convalidación o confirmación de los actos citados.

[...] Este Tribunal para evitar innecesarias repeticiones se tiene que remitir a lo recogido en el ordinal tercero de estos fundamentos jurídicos y añadir con la S de esta Sala de 15 de noviembre de 1991, que la nulidad de los actos realizados con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra no queda impedida por la existencia de terceros de buena fe. Asimismo, la S de 16 de marzo de 1995 señala que la nulidad afecta a todas las ventas posteriores.

No se da la subrogación del artículo 1111 CC en la retroacción de la quiebra.—El precepto aducido como infringido resulta ajeno a esta cuestión ya que viene referido a la acción subrogatoria y ésta no es de aplicación a la Sindicatura de la quiebra, cuyo cometido nace de la atribución de la ley a su cometido cuasipúblico y no de subrogación alguna. (STS de 16 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la quiebra de *Papelera del Pilar y Levantina, S. A.*, promueve demanda contra la entidad, *Salinera Chacartegui, S. A.*, *Cartonajes Begastri*, *Caja de Ahorros de Murcia* y tres personas físicas sobre nulidad y rescisión de compraventa y otras operaciones verificadas sobre un inmueble. El motivo de la demanda es que tales operaciones se encuentran incursas en el período de retroacción de la quiebra de *Papelera del Pilar y Levantina, S. A.*, y a la vez, al haber sido realizadas en fraude de acreedores, son susceptibles de rescisión. Se estima íntegramente la demanda. Apelan la *Caja de Ahorros* y las tres personas físicas reseñadas sin que la Audiencia acceda a lo pedido. El comprador de los bienes adquiridos a través de los contratos que las entidades de instancia declaran resueltos interpone recurso de casación. No ha lugar. (R. G. S.)

51. Requerimiento de pago a tercer poseedor de finca hipotecada: su omisión comporta la nulidad del procedimiento del artículo 131 LH.—No se estima cumplido el requisito de la intimación para el pago del artículo 131.4.ª LH en relación con los hoy demandantes, omisión que supone una infracción de las normas esenciales del procedimiento al haberles privado de toda posibilidad defensiva en el procedimiento hipotecario a esos terceros

poseedores de la finca, que reclaman la nulidad de aquel procedimiento, nulidad que ha de ser decretada por haberse causado la indefensión que proscriben los artículos 24.1 CE y 283.3.º LOPJ y así ha sido admitido por el TC en S 148/1988, de 14 de julio, nulidad que abarca a la totalidad del procedimiento hipotecario, pues se tramitó afectado por la ignorancia del Juez de que había terceros poseedores, que fue provocada por la entidad ejecutante.

Requerimiento de pago: no sustituible por carta anunciando próximo encuentro ante el Juzgado que conoce del procedimiento.—Al acto procesal o notarial del requerimiento de pago no lo sustituye válidamente una simple carta anunciando a los terceros poseedores que en caso de impago el próximo contacto sería en el Juzgado de Primera Instancia ante el que se siga el procedimiento judicial.

Concepto de tercer poseedor.—En puridad, «tercer poseedor» (según la terminología tradicional) o «tercer adquirente» (con denominación científica más apropiada) de la finca hipotecada es la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. Es, por tanto, ajeno a la constitución de la hipoteca, y, asimismo, ajeno a la deuda, garantizada con la hipoteca, aunque el bien garantizado responde de ésta. El tercer poseedor tiene que sufrir o soportar el procedimiento y, finalmente, la realización de la finca. No se le impone ningún *facere*, se halla en posición de *in patiendo*, por lo que el requerimiento de pago que se hace equivale más bien a una notificación. Empero de su posición se derivan determinados derechos, especialmente, el de satisfacer el débito, liberando la finca, adquirida *cum onere*. Desde luego, de acuerdo con la dicción literal del precepto que comentamos y finalidad de la norma que protege frente a la indefensión que originaría la ejecución sorpresiva, llevada a espaldas del propietario actual del inmueble, tanto da que el tercer poseedor haya inscrito su derecho en el Registro como que no haya inscrito su título adquisitivo. Es más, son estos últimos supuestos, los que reclaman mayor tutela normativa y judicial. (STS de 20 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos don Ángel y doña Francisca compran a *Construcciones Sierra, S. A.*, una vivienda en fase de construcción. Se pacta la entrega aplazada del precio y los compradores se comprometen a asumir ante *Caja Madrid* el pago —en cuantía de dos millones cien mil pesetas— del préstamo con garantía hipotecaria concedido a *Construcciones Sierra, S. A.* Ante el impago de los plazos del préstamo hipotecario, insta *Caja Madrid* el procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, en el que se requiere judicialmente de pago a la empresa constructora. Los adquirentes de la vivienda sólo tuvieron noticia de la existencia del procedimiento cuando se les conminó al desalojo. Se tiene por probado que *Caja Madrid* conocía la existencia de los compradores. Éstos impugnan el procedimiento por no haber sido requeridos. El Juzgado desestima su demanda y la Audiencia estima su apelación. Recurren en casación la entidad financiera y los cesionarios del remate, ocupantes de la vivienda. El TS declara no haber lugar al recurso. (R. G. S.)

52. Justificación del retracto de colindantes.—La jurisprudencia de esta Sala establece que la justificación del retracto de colindantes viene a ser de interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad y no la

de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares (SS de 25 de noviembre de 1895, 11 de febrero de 1911, 5 de junio de 1945, 17 de diciembre de 1958 y 31 de mayo de 1959), prevaleciendo el interés de la agricultura y esta finalidad es la que debe presidir la interpretación del artículo 1523 CC, por lo que esta clase de retracto actúa como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general (S de 22 de enero de 1991).

Convergencia en los fines del Código civil y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: divergencia en las actuaciones.—La normativa del Código civil no es contradicha por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, (así como con la institución de Concentración Parcelaria), cuyo artículo primero proclama que el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional, por lo que ambas normativas resultan convergentes a fin de procurar la explotación más racional y útil de la propiedad agraria, mediante su reconstrucción agrupativa, operando a través de actuaciones que sí son distintas.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no puede suplantar al Código civil al ejercitarse el retracto de colindantes sobre finca de extensión superior a una hectárea: régimen de las unidades mínimas de cultivo.—En forma alguna la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario puede suplantar al Código civil cuando se ejercita acción retractual como la que es objeto del pleito, y tanto es así que el artículo 48 de dicha Ley establece el procedimiento de los incidentes para resolver las cuestiones judiciales que se planteen sobre el régimen de unidades mínimas de cultivo.

Resulta hecho probado firme que la finca que se pretende retraer tiene una cabida superior a una hectárea, que es uno de los requisitos que el artículo 1523 CC exige, juntamente con la condición de ser rústica, tratarse de fincas contiguas y haberse producido la venta (SS de 21 de febrero de 1930, 26 de diciembre de 1950, 21 de abril de 1956 y 30 de junio de 1965). Ante el dato fáctico de la extensión superficial que queda determinada, no procede la pretensión del recurrente de sustituir la hectárea civil, por la normativa de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (art. 43), sobre unidad mínima de cultivo, fijada para la zona en hectárea y media, ya que el artículo 44 de dicha Ley especial se refiere a supuesto distinto del Código, al contemplar sólo la división y segregación y el 45 consagra un derecho legal de acceso a la propiedad de producirse tal situación, y para nada se menciona el derecho de retracto, ya que el único artículo de la Ley que lo refiere es el 227, para declarar que da lugar, mientras dure el procedimiento de concentración, a la extinción del retracto de colindantes respecto a las fincas incluidas, para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria. (STS de 12 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Por dos veces promueve el actor juicio de retracto de colindantes, siendo el objeto de éste una finca de cabida superior a una hectárea. Se acumulan los pleitos y resuelve el Juzgado desestimando la demanda. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Recurre en casación el actor pretendiendo, en definitiva, que para resolver la cuestión suscitada se aplique la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y no el Código civil. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

53. La vivienda familiar comprada con anterioridad a la celebración del matrimonio y pagada con dinero de los que luego fueron cónyuges y con dinero ganancial pertenece en pro indiviso a los cónyuges y a la sociedad de gananciales.—El recurrente interpreta sesgadamente el artículo 1354, y no tiene en cuenta que al conectar el artículo 1357, *in fine*, CC con aquel precepto, aparece clara la intención del legislador sobre la exclusión del carácter privativo de la compraventa a plazos, anterior al matrimonio, de la vivienda familiar, la cual corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de sus aportaciones respectivas. (STS de 3 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora demandó a su marido, del que se había separado judicialmente, solicitando que se declarase que la vivienda adquirida antes de contraer matrimonio, por ser la vivienda familiar, pertenecía en pro indiviso a los cónyuges, en proporción a sus respectivas aportaciones. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS dieron la razón a la demandante. (L. F. R. S.)

54. La acción de división sobre la cosa común no afecta al derecho de uso sobre la vivienda que tiene el ex cónyuge, atribuido por la sentencia de divorcio.—Aun cuando es cierto que la S de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las SS de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó. (STS de 27 de diciembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El ex marido demandó a la ex mujer en acción de división de la vivienda, el trastero y la plaza de garaje comunes, que los contendientes se habían adjudicado por mitades indivisas tras la liquidación de la sociedad de gananciales. La demandada solicitó subsidiariamente, para el caso de que no fuera rechazada la demanda, que la acción de división de la cosa común respetara o dejara indemne el derecho de usufructo o de uso que ella tenía, atribuido por la sentencia de divorcio. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y no dieron lugar a la reconvencción implícita de la demandada, pero el TS acogió el recurso de casación y declaró que, aunque el demandante podía ejercitar la acción de división, la vivienda y el trastero seguirían estando afectos al uso de la demandada. (L. F. R. S.)

55. La libertad de elección del modelo de vida propio que tiene una persona mayor de edad es incompatible con la obligación legal de alimentos a cargo de sus padres.—Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado; y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno —no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo— uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación no puede ni debe olvidar que muchas veces la libertad como valor social particular exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza.

Falta de prueba del desasistimiento y de las circunstancias adversas que lo originan como base de una reclamación de alimentos por parte de una persona mayor de edad.—Dicha parte no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias, se vuelve a repetir, que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado. (STS de 23 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una mujer mayor de edad reclamó a sus padres el pago de una pensión alimenticia, pretensión que fue desestimada en las dos instancias y por el TS, que hizo especial hincapié en la contrapartida que tiene la libertad de elegir el modelo de vida propio, que es la pérdida de las comodidades que ofrecía el modelo de vida que se rechaza. (*L. F. R. S.*)

56. Interpretación espiritualista del principio de prueba exigido en las acciones de filiación.—Es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala (SS de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996, 3 de octubre de 1998, entre otras) la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 CC (acompañar con la demanda «un principio de prueba»), ha de hacerse una interpretación «espiritualizada», en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE.

Valor probatorio de la negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas en un procedimiento de reclamación de la filiación no matrimonial.—Dicha negativa, según reiterada y notoria doctrina de esta Sala, no tiene el carácter de *ficta confessio*, si bien constituye un muy válido indicio probatorio cuando, como ocurre en el presente caso, concurre con otras prue-

bas directas, que evidencian la existencia de relaciones sexuales persistentes entre el demandado y la actora en la fecha del embarazo de ésta. (STS de 18 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor de edad interpuso acción de reclamación de la filiación matrimonial contra un varón, con el que había mantenido relaciones sexuales en la época de la concepción. El demandado se opuso, alegando que la actora no había aportado un principio de prueba, como exige el artículo 127 CC, y posteriormente se negó a realizar las pruebas biológicas decretadas por el juez. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y el TS rechazó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

57. Reclamación de paternidad y ley aplicable.—El orden público y la protección del menor justifican la aplicación de la ley española, aun cuando conforme al artículo 9.4 CC sea de aplicación la ley extranjera, si —como resultado de la práctica de la prueba— resulta que el menor es hijo de español y, por consiguiente, puede ser considerado como español de origen. (STS de 22 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Una mujer de nacionalidad francesa, en nombre y representación de su hija menor de edad, demanda ante los tribunales españoles que se declare la paternidad no matrimonial de un español, don L.B.N. En primera instancia se estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Ávila confirmó la anterior en recurso de apelación.

El recurrente alega en casación la aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, puesto que, conforme al Código civil español, la ley aplicable realmente es la francesa y no la española (conforme a la ley francesa el plazo para reclamar la paternidad ha prescrito, pues han transcurrido ya más de dos años desde el nacimiento del menor). El TS declaró no haber lugar a la casación de la sentencia. (C. J. D.)

58. Concepto de abandono a los efectos de la adopción plena.—El abandono de un hijo por sus padres (cuyo concepto, en cuanto *quaestio iuris*, es revisable en casación), se caracteriza por la total y absoluta dejación que éstos hacen de sus deberes elementales de cuidado, alimentación, educación y protección del hijo, dejándolo desamparado, con rompimiento de toda clase de lazos con el mismo, sin haberse cuidado de quién se encargará del cumplimiento de tan elementales deberes.

Era adopción menos plena la de persona que no había sido abandonada.—La menor M.^a Jesús U. E. no era una niña abandonada por sus padres en el sentido del abandono anteriormente expuesto y, por tanto, al no serlo, no podía ser objeto de adopción plena, conforme al imperativo legal del antes citado párrafo 2.º del artículo 178 CC (en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958), por lo que ha de concluirse que la adopción que los esposos don Francisco Antonio B. U. y doña Ángela I. A. hicieron a su sobrina M.^a Jesús U. E., cuando ésta tenía ya veinticuatro años (pasando a tener los apellidos de los adoptantes), mediante escritura pública de fecha 1 de octubre de 1964, ha de considerarse necesariamente como menos plena, sin que en

dicha escritura pública de adopción (como luego volveremos a decir) los adoptantes reconocieran derecho hereditario alguno en favor de la adoptada. (STS de 27 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante instó demanda de juicio de menor cuantía contra diversas personas solicitando que se la declarase heredera de sus padres adoptantes. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda, pero el TS dio lugar al recurso de casación y rechazó la demanda, pues la demandada había sido adoptada en 1964 con adopción menos plena y sin concesión de derechos hereditarios. (L. F. R. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

59. Acción de nulidad de un contrato de compraventa de bienes hereditarios celebrado por parte de los coherederos con anterioridad a la partición. Ningún coheredero puede vender bien alguno que no se le haya adjudicado en la partición y, si lo hace, el contrato no es una válida venta de cosa ajena, sino un contrato nulo por falta de poder de disposición.—Para una adecuada respuesta casacional a dichos motivos debe precisarse ante todo cuál es la jurisprudencia verdaderamente aplicable a la cuestión litigiosa, prescindiendo por tanto de declaraciones genéricas, relativas a supuestos de hecho diferentes o a cuestiones que, como la venta de cosa ajena, poco o nada tienen que ver con la nulidad solicitada por quien, sin haber sido parte en una venta, la impugna con base en un derecho propio sobre los bienes vendidos.

Exponente clara de esa jurisprudencia aplicable, por las cuatro sentencias que a su vez cita, es la S de esta Sala de 6 de octubre de 1997, cuyo fundamento jurídico cuarto declara lo siguiente: «Conocida es la jurisprudencia según la cual, producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien pro indiviso, pasan a ser titulares en copropiedad.

Conocida y reiterada es también la jurisprudencia según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman las SS de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 25 de septiembre de 1995, entre otras.

Cualquiera de los perjudicados puede instar la ineficacia del contrato en beneficio de los comuneros y así lo ha hecho doña Josefa G. C.

Los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, definiendo la compraventa, su carácter de negocio obligacional, que sólo transmite el dominio si va seguido de tradición y el recuerdo de la jurisprudencia, según la cual caben ventas de cosa ajena que es generadora de obligaciones como la de saneamiento, daños y perjuicios, etc. para deducir de ella que en la venta de autos no pueden ignorarse los efectos puramente obligacionales, y que, producida la entrega, el título no es nulo de pleno derecho sino anulable y apto para la usucapción, son todos argumentos inaplicables al caso de autos. Para la Audiencia no puede pedir la recurrente la nulidad de un contrato obligacional

que produce efectos, sean de cumplimiento tras la adquisición del bien, de cumplimiento parcial si se adjudicó sólo en parte el bien a la vendedora, y como hay efectos no cabe hablar de nulidad. Cierra la Audiencia su razonamiento diciendo que la hoy recurrente podía reivindicar el bien pero no pedir la nulidad de una venta de cosa ajena válida y productora de efectos y que la reivindicación no se ha ejercitado.

Los argumentos no son de aplicación al caso en que, terceros al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, están legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Esto es, la madre vendedora, el primer comprador y el segundo. Y la jurisprudencia de esta Sala en casos como el presente declara la nulidad de los contratos, la cual comporta la restitución de las cosas (no propia reivindicación, sino efecto simple de la nulidad).»

Es necesario el consentimiento de todos los coherederos para la enajenación de bienes concretos o cuotas recaentes sobre bienes concretos de la herencia, no así para enajenar la cuota hereditaria de uno de ellos.—La S de 30 de diciembre de 1996, de valor igualmente representativo por contar como precedentes con otras seis sentencias más, declara en su fundamento jurídico sexto que «cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recaentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás (SS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, entre otras).»

No puede entenderse hecha la partición por el testador cuando adscribe determinados bienes a cada heredero, pero sin dividir y adjudicar todo el patrimonio hereditario.—Finalmente, en cuanto a la partición hecha por el propio testador, la S de esta Sala de 9 de marzo de 1961 razonaba que «como quiera que la causante adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que regente, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante»; y en idéntico sentido se pronunció la S de 15 de febrero de 1988.

Si cualquier tercero perjudicado menoscabado en sus derechos por un contrato puede instar su nulidad con base en el artículo 1302 CC, con mayor razón está legitimado un coheredero para promover tal declaración, tanto en interés propio como en beneficio de la comunidad hereditaria.—Descartada la hipótesis de partición hecha por la propia testadora, y por tanto la aplicabilidad del párrafo primero del artículo 1056 CC, cae por su base no sólo el motivo cuarto, único que cita este precepto como infringido, sino también todos los demás, ya que difícilmente puede negarse a un coheredero la legitimación para promover, tanto en interés o por derecho propio como en beneficio de la comunidad, la acción de nulidad de actos de disposición sobre bienes concretos de la herencia o cuotas recaentes sobre los mismos. Y si a todo esto se une la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 1302 CC, reconociendo legitimación para la

acción de nulidad no sólo a los obligados por el contrato sino también a los terceros a quienes perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual (SS de 5 de noviembre de 1990 y 15 de marzo de 1994 y todas las que citan), la inaplicabilidad al caso de la jurisprudencia sobre validez de la venta de cosa ajena entre vendedor y comprador y, en fin, la carencia de poder de disposición de los vendedores en las compraventas litigiosas, la desestimación de todos y cada uno de los motivos del recurso se impone con absoluta evidencia, pues la ley de las mayorías no podía primar en este caso, como parece pretender la compradora-recurrente, sobre el orden jurídico de la herencia y los legítimos derechos e intereses de la coheredera actora sobre los bienes que integran aquélla. (STS de 17 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Todos los integrantes de una comunidad hereditaria, excepto una de ellas, proceden a vender a una entidad mercantil la totalidad de las fincas sobre las que recaían sus derechos hereditarios, sin que hubiera habido hasta el momento partición y sin contar con el consentimiento de la coheredera que no vendió. Ésta insta la nulidad de los contratos de compraventa celebrados basándose en la falta de poder de disposición de los vendedores y alegando actuar por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria. Los demandados esgrimieron la existencia de partición hecha por la propia testadora y, en su defecto, la validez de los contratos como ventas de cosa ajena. Ambas sentencias de instancia estimaron la demanda; contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la entidad compradora de ambos inmuebles, recurso que es desestimado por el Alto Tribunal. (*M. C. B.*)

60. Validez de la liquidación de gananciales efectuada por el contador partidor nombrado por el difunto y su viudo o viuda.—Es reiterada la jurisprudencia —SS de 29 de febrero de 1906, 31 de enero de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943, entre otras— que dispone que la liquidación de la sociedad de gananciales ha de realizarse por el contador partidor en unión del viudo o viuda.

Validez de la actuación efectuada por un contador partidor solidario.—Dada la calidad de su nombramiento en solidaridad, en tal sentido actuó válidamente —«es válida la partición practicada por uno solo de los albaceas cuando son solidarios»— como establecieron las SS de 25 de marzo de 1914, 6 de mayo de 1803 (*sic*) y 24 de diciembre de 1909.

Posibilidad de que el partidor contador sea auxiliado por otras personas, en caso de que el testador no le haya concedido la facultad de delegar.—Esa actuación, que es perfectamente válida conforme al artículo 897 CC, exige un cometido personalísimo —salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909— pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidor, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo —que nunca quiso decir que personalmente haya de realizar el contador todos y cada uno de los actos que van a conducir a su meta final de realizar la partición encomendada— como han dispuesto las SS de 5 de octubre de 1900 y 2 de junio de 1962

y la doctrina más autorizada, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y que definitiva e independientemente manifieste, expresa y solemnemente, su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte.

Aceptación tácita de la herencia: no lo es la venta de bienes por parte de la viuda, que sólo había sido llamada como usufructuaria.—La deducción que en tal sentido se haga ha de partir de actos reveladores, sin duda alguna, de que el agente quería aceptar la herencia o que su ejecución entrañe una facultad del heredero y no que se realicen por otra calidad o por otras razones (SS de 23 de noviembre de 1943, 3 de julio de 1951, 27 de abril de 1955, 12 de noviembre y 4 de diciembre de 1956, 6 de diciembre de 1957, 13 de noviembre de 1958 y 15 de junio de 1963), y a tales condicionamientos no cabe llevar aquellas dos ventas que hizo quien únicamente era legataria usufructuaria, lo que no le facultaba para realizarlas.

Tampoco supone aceptación tácita de la herencia los actos de administración de bienes de la comunidad postganancial efectuados por la viuda.—No resulta extraño que tan largo período de tiempo haya exigido o, al menos propiciado, actos como los reseñados, teniendo presente, además, que los realiza quien antes de la liquidación de la sociedad de gananciales venía siendo capaz para coadministrar sus bienes y su actuación no aparece interrumpida en tiempo alguno por quienes podían hacerlo. (STS de 25 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes solicitaban la nulidad de ciertas cláusulas testamentarias y de las operaciones particionales que en aquéllas se basaron. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario, y la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron entrando en el fondo del asunto. (*L. F. R. S.*)

DERECHO MERCANTIL

61. Contrato de descuento: la demanda dirigida por el descontante frente al descontatario no requiere llamar también a quien es deudor en virtud de los pagarés descontados.—Del contrato de descuento no nace ninguna obligación para el deudor de los efectos descontados si el descontatario actuó exclusivamente en nombre propio (es un contrato autónomo e independiente del contrato que subyace). En el contrato de descuento sólo son parte el descontante y el descontatario, por lo que es éste el que —habiendo cobrado de aquél el valor de los efectos, con el descuento— queda obligado frente a él a la devolución de esas cantidades, salvo buen fin. Por esta razón, la relación jurídica procesal está bien construida y no puede apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario si la demanda del descontante, ante la falta de cobro de los efectos descontados, se dirige sólo frente al descontatario.

Comisionista de la entidad deudora y descontante: Coincidencia en una misma persona.—No afecta al contrato de descuento el hecho de que el descontante sea, al mismo tiempo, comisionista de la entidad deudora, si actuó en aquel contrato exclusivamente en nombre propio y no como representante de esta entidad. (STS de 10 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebran tres contratos de descuento por los correspondientes pagarés (cuyo valor total asciende a veintitrés millones de pesetas) entre una entidad bancaria (descontante) y el descontatario, que recibe las cantidades con el descuento. Ante el impago de los pagarés por el obligado en virtud de ellos, la entidad descontante demanda al descontatario. En primera instancia se estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial la revocó y estimó el recurso de apelación, al apreciar falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues —según motiva— la demanda debió dirigirse también frente al obligado al pago de los efectos descontados. El TS declara haber lugar al recurso. (C. J. D.)

62. Acción de nulidad del artículo 77.2.º de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Requisitos.—La acción de nulidad regulada en este precepto exige para su prosperabilidad que concurren los siguientes requisitos: la prioridad de uso, esto es, un uso del nombre comercial por el que se acciona que sea anterior a la solicitud de registro del signo distintivo registrado (marca, nombre comercial, rótulo de establecimiento) cuya nulidad se pretende; que la acción de nulidad se ejercite antes de que transcurran cinco años desde la fecha de la publicación de la concesión correspondiente, y que entre los signos en litigio exista un riesgo de confusión no bastando, a diferencia de lo que ocurre entre las marcas, un riesgo de asociación. El uso no ha de ser como denominación social (nombre-firma) sino como nombre comercial, como reconecedor de la empresa en el tráfico económico evitando la confusión en la clientela, por lo que su función es la de identificar toda o una parte de la actividad económica o comercial. Se requiere además una utilización efectiva, y no esporádica, ocasional o aislada. No es necesaria la notoriedad que exige para las marcas el artículo 3.2.

Cómputo del plazo para contestar en un juicio de memor cuantía cuando son varios los demandados.—El plazo para contestar previsto en el

artículo 684 LEC es de índole común y no particular, por lo que corre a la vez para todos los demandados y no sucesivamente para cada uno. El cómputo no puede empezar para ninguno, cualquiera que fuere la fecha de su emplazamiento y comparecencia, hasta el día siguiente a aquel en que el último de los demandados hubiese sido emplazado. (STS de 14 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Eurosalqui, S. A.*, formuló demanda contra las mercantiles *Novoquímica Industrial, S. A.*, e *Industrias Químicas Kupsa, S. A.*, y contra el Administrador de las mismas en la que insta la declaración de la legítima propiedad y titularidad de varias marcas ante la Oficina Española de Patentes y Marcas así como la anotación de su titularidad en dicha oficina. Subsidiariamente, en el caso de que esta pretensión no sea estimada, solicita se declare la nulidad de las citadas marcas. Las sociedades demandadas formularon reconvencción.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, estimando la excepción de falta de legitimación activa invocada por la actora y desestimando la demanda reconvenccional. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la sentencia dictada en primera instancia (al desestimar la demanda principal en todos sus pedimentos) y la revoca parcialmente (al estimar totalmente la demanda reconvenccional). Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 8 de enero de 2001. Tras la promulgación de esta Ley, los procesos declarativos ordinarios ya no son cuatro (como en la LEC de 1881) sino dos: el llamado ordinario y el verbal. La utilización de uno u otro dependerá de la cuantía que alcance la pretensión. (M. C. C. M.)

63. Colisión entre marcas. Prevalencia del principio de especialidad.—Según el principio de especialidad las marcas internacionales cubrirán solamente los artículos para los que fueron registrados; la protección de la marca registrada se extiende sólo a los productos y servicios para los que se ha inscrito, no a todos los comprendidos en la misma clase del Nomenclátor. El principio de especialidad permite la existencia simultánea de dos o más marcas, idénticas o semejantes y pertenecientes a distintos titulares, siempre que se utilicen en relación con productos o servicios diferentes, pero no ampararse en una marca concedida para determinados productos a fin de comercializar otros respecto a los que exista concedida a tercero otra marca idéntica o semejante. (STS de 17 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Son hechos acreditados que las demandantes son titulares de la marca internacional «Camel» (marca renombrada en el sector del tabaco y los cigarrillos) para distinguir jabones industriales o domésticos, sustancias para coladas, para blanquear, limpiar y quitar manchas, ceras, encáusticos y betunes; que a través de una filial de éstas, se otorgó el contrato de licencia con una sociedad española para que comercializara la marca «Camel Fragance»

con diseño de un camello en perfumes y masajes para después del afeitado; hay que destacar igualmente, la existencia de la marca nacional española «Kamel» concedida en 1978 para distinguir productos de perfumería, tocador y belleza. Las mercantiles titulares de la marca «Camel» promueven demanda contra los titulares de «Kamel» sobre declaración de derechos de propiedad y otros extremos. Las actoras alegan que los demandados carecen del derecho a utilizar tal denominación para señalar y distinguir artículos de perfumería. Los demandados contestan a la demanda y formulan reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y totalmente la demanda reconvenccional. Frente a dicha sentencia, ambas partes interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso de los demandantes y estima parcialmente el interpuesto por los demandados. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (M. C. C. M.)

64. Aplicación del Convenio de la Unión de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967).—Por aplicación del artículo 8 en relación con el artículo 2 del citado texto legal, los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de ésta, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las Leyes respectivas conceden a sus nacionales y por consiguiente tendrán el mismo amparo que éstos y la misma acción legal contra cualquier ataque que afecte a sus derechos siempre que cumplan los requisitos y formalidades impuestos a los nacionales.

Protección legal en España del nombre comercial extranjero. Requisitos.—La doctrina jurisprudencial mantiene que el nombre comercial extranjero no necesita inscripción en España para gozar de protección. Tampoco requiere el uso en nuestro país, sino que basta la demostración de su utilización antecedente en el país de origen, signatario del Convenio de París. No cabe la exigencia del registro de ese nombre comercial en España, debido a que el artículo 8 del Convenio de la Unión de París no lo requiere. (STS de 29 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Calzaturificio Casadei S.p.A.* promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reivindicación y nulidad de marca e indemnización de daños y perjuicios contra la *Sociedad Cooperativa Industrial Rey* que contesta a la demanda y formula reconvencción. La cuestión litigiosa es si la mercantil demandante, que desde su constitución en 1979 se dedica a la fabricación y comercialización de calzado con la marca «CASADEI» en Italia, goza de protección en España desde aquella fecha aunque no esté registrada y no se haya usado en nuestro país.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima parcialmente la demanda reconvenccional. La sentencia de primera instancia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara haber lugar al recurso de casación y en consecuencia, anula la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

65. Convocatoria de la Junta de la sociedad anónima.—La finalidad del anuncio de la convocatoria de Junta es poner en conocimiento de los accionistas las materias o temas sobre los que va a tratar la reunión; el contenido del orden del día ha de ser claro y completo, sin que se contradiga esta exigencia por el hecho de que se haga en forma sucinta, breve o sintética, pudiendo ser referencia bastante las indicaciones o expresiones genéricas como han declarado, entre otras muchas, las SSTS de 29 de abril de 1985 y 14 de junio de 1994.

Impugnación de acuerdos sociales por lesión de los intereses de la sociedad. Requisitos.—La impugnación de acuerdos sociales puede tener lugar por contrariarse la ley, oponerse a los Estatutos, o lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. En los dos primeros supuestos el artículo 115 LSA tiene carácter medial, es una norma genérica para cuya infracción es preciso concretar el precepto de la ley o norma estatutaria que se considera vulnerado. Para que un acuerdo sea impugnado por la tercera causa ha de ser lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, SSTS de 5 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1991), que exista un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero y un nexo causal entre la lesión y el beneficio.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Conforme a una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial (SSTS de 19 de febrero, 12 de mayo y 28 de noviembre de 1998) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes aunque el juzgador no se haya pronunciado concretamente sobre las alegaciones expuestas. (STS de 4 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales seguido contra una entidad mercantil, se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta General Extraordinaria de Accionistas por el que se decide ampliar el capital social de la misma, así como de todos los acuerdos sociales que posteriormente se hayan tomado por la sociedad y que traigan causa del acuerdo objeto de impugnación o sean posteriores a éste. En la demanda se denuncia la existencia de un vicio sustancial en la convocatoria de la Junta con base en que el orden del día no satisface las exigencias impuestas por el artículo 144. 1. b) LSA.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

66. Derecho de información del accionista de una sociedad anónima. Caracteres.—El derecho de información es uno de los derechos más importantes con los que puede contar el accionista. Este derecho es definido por la LSA como aquel que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación y gestión de la sociedad anónima. El derecho de información, sustancialmente ligado a la condición de socio, es de naturaleza pública y por tener carácter imperativo no puede ser modificado o excluido por pactos particulares. Además, es de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad anónima; en caso de incumplimiento podrá ejercitarse acciones dirigidas a impugnar los acuerdos aprobados por el órgano deliberante, en cuya gestión se haya impedido u obstaculizado el referido derecho

que tiene todo socio o accionista a ser informado y como consecuencia de ello, declarar la nulidad de los referidos actos o acuerdos.

Procedimiento para ejercitar el derecho de información.—El artículo 112 LSA establece que el socio puede solicitar los informes por escrito antes de la celebración de la Junta de Accionistas, o verbalmente durante la celebración de dicha Junta. Aunque el citado precepto no regula ni cuándo ni cómo los administradores o los obligados a informar deben proporcionar la información, ello se deberá hacer en el momento que tal información pueda ser utilizada por el accionista para la emisión del voto, ya que otra ocasión haría ilusorio tal derecho. (STS de 22 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales contra *Filmstudio, S. A.*, se solicita que se declare, por ser contrario a la Ley, la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Ordinaria de establecer una oficina de representación de la entidad demandada en Madrid. El demandante, socio de la mercantil, alega el incumplimiento de su derecho a ser informado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la nulidad del acuerdo impugnado. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

DERECHO PROCESAL

67. Competencia de la jurisdicción civil en contratos privados de las Administraciones públicas. Teoría de los actos separables.—La capacidad contractual de la Administración cuando se manifiesta en el campo del Derecho privado tiene las connotaciones propias de su actividad como ente público, lo que es natural, y lleva al contrato a un régimen híbrido que, anticipando la teoría de los actos separables, distinguía, para el tiempo en que aquí hemos de movernos, el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado modificada por Ley de 17 de marzo de 1973 señalando que los contratos de contenido patrimonial que no tengan carácter administrativo por su ajeneidad al desenvolvimiento de un servicio público se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas administrativas especiales o por las de la propia Ley que señala el precepto, pero en cuanto a sus efectos y extinción se regirá por las normas del Derecho privado que les sean aplicables en cada caso, situación corroborada en el artículo 8 del Reglamento aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975 y desarrollada con total claridad, en tiempo que no permite su aplicación aquí aunque los términos no difieran entre sí, por el artículo 9.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Los actos integrantes del proceso contractual encaminado al Derecho privado han de ser separados para, en caso de contienda procesal, pasar a ser decididos por la Jurisdicción contencioso-administrativa los previos y por la Jurisdicción ordinaria el definitivo que da lugar al contrato privado y el contenido y efectos de éste. (STS de 9 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 10 de abril de 1970, varias personas adquirieron un inmueble del Patronato de Casas para Funcionarios de la Administración de Justicia en régimen de comunidad por cuotas. Mediante acuerdo del Comité Directivo de la Oficina Liquidadora Central del Patronato de Casas de Funcionarios Civiles del Estado, de 18 de mayo de 1989, y Resolución del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 17 de noviembre de 1989, «la portería o vivienda del portero» de ese inmueble fue adjudicada en subasta pública. Uno de los copropietarios interpuso demanda reclamando la nulidad de esos actos y que el Juzgado declarara la portería como elemento perteneciente a la comunidad de propietarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil opuesta por el Abogado del Estado. La Audiencia Provincial declaró la competencia de esa jurisdicción pero desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante al admitir una excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)