

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.º BECH SERRAT, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.º Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas A. PÉREZ MARTÍN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Cómputo de los tiempos del contrato: interpretación del artículo 5 CC.–La jurisprudencia viene estableciendo que los tiempos del contrato deben computarse de fecha a fecha y por días completos. Aunque el artículo 5 CC no lo disponga expresamente, ha de entenderse que el día final del cómputo ha de transcurrir por entero de tal manera que si el suceso contemplado en el contrato se produce en cualquier momento del día final, se entiende ocurrido dentro del tiempo del contrato. **(STS de 17 de noviembre de 2000; no ha lugar.)**

HECHOS.–El 31 de diciembre de 1991, J. M. P. contrató una póliza de seguro de vida con *Mapfre* por todo el tiempo de su vida, a base de períodos anuales divisibles en trimestres, y en la que se designaba como beneficiaria a la esposa de J. M. P. y, en su defecto, a sus hijos. Dicho contrato tendría efecto desde las 0,00 horas del 1 de diciembre de 1991 perfeccionándose ese mismo día siempre que hubiese tenido lugar previamente la satisfacción del primer recibo de prima. En caso contrario la perfección tendría lugar a las veinticuatro horas del día de pago. En caso de falta de pago de una prima se suspendería la cobertura durante un mes después del día de vencimiento.

El pago del primer recibo tuvo lugar el 31 de diciembre de 1991 por lo que la cobertura de la primera prima comprendía desde el 1 de enero de 1992 hasta el 1 de abril de ese mismo año, aunque *Mapfre* sostiene que la cobertura llegaba únicamente hasta el 1 de marzo de 1992. El 6 de febrero de 1992 se emite pagaré con vencimiento el día 25 de febrero de 1992 cuyo pago se denegó el 27 de ese mismo mes y año. El 1 de abril de 1992 a las 4'45 horas fallece J. M. P.; *Mapfre* deniega el pago de seguro de vida alegando suspensión de la póliza. La beneficiaria, esposa del fallecido, demanda a la compañía aseguradora siendo desestimada la petición en primera instancia y estimada en apelación. (B. F. G.)

2. Existencia de dolo.—La pretensión de existencia de dolo carece totalmente de apoyo fáctico y no se ha probado, cuando la doctrina jurisprudencial de esta Sala —*ad exemplum* SS de 14 de junio de 1963, 28 de febrero de 1969 y 21 de mayo de 1985— ha repetido que el dolo no se presume, sino que ha de demostrarse cumplidamente.

Libre apreciación de la buena fe.—La buena fe, aunque constituye un concepto jurídico es de libre apreciación por los tribunales que tomarán en cuenta los hechos y circunstancias que aparezcan probados —SS de 5 de julio de 1985 y 12 de marzo de 1992.

Concepto de abuso de derecho.—Procede el abuso de derecho como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien decidida de causar a otro un daño o utilizándolo de un modo anormal y contradictor de la armónica convivencia social, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) como recoge la S de esta Sala de 30 de mayo de 1998, con antecedentes en otras resoluciones, como la de 5 de marzo de 1996.

[...] se estima abusivo, que siendo el legal representante de la entidad demandada en el pleito y seguido contra su representada por impago del precio, de tales participaciones, pretende, siendo a la par también codemandado en la litis como persona física y por específicos pedimentos dirigidos al mismo, desatiende la condena al pago de su representada y provoca la fase de ejecución y la apertura del apremio y no comparece a la subasta y acude al tanteo, cuando se le notifica cumpliendo un requisito legal y estatutario.

Ejercicio irregular del derecho de tanteo. Cómputo para su ejercicio.—La irregularidad del ejercicio del derecho resulta de que no consigna el precio y ejercita su derecho simultáneamente y, por si fuera poco, se ha producido fuera del plazo de treinta días, porque aun aceptando que se hubiera realizado correctamente, el plazo terminó el 2 de abril. El plazo debe computarse de momento a momento tal y como ha recogido la S de 17 de marzo de 1994 y no es susceptible de interrupción. (STS de 18 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora doña Matilde C. N. —que promueve demanda contra doña Rosario T. F., doña Antonia F. V., don José Luis S. A. y *Serrano y Tello, S. L.*— pretendía la elevación a escritura pública del documento de adquisición por compra de cuatrocientas noventa participaciones sociales de la entidad *Serrano y Tello, S. L.*, indemnización de daños y perjuicios y la cancelación de una ins-

cripción registral. La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda. Apelaron doña Antonia, don Luis y *Serrano y Tello, S. L.*, siendo desestimados todos los recursos. Interponen recurso de casación los particulares mencionados. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

3. Prescripción de acción por culpa extracontractual: fijación del *dies a quo*.—El único motivo del recurso —al amparo del art. 1692.4 LEC— por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 1968 y 1969 CC y contenida en las sentencias que detalla, según la cual, en caso de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año, a los efectos de los preceptos citados como infringidos, procede atenderse al momento en que se conozca de modo definitivo el resultado del quebranto padecido mediante el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que don S. E. B. interpuso la demanda en fecha 16 de junio de 1994, antes del transcurso de un año de la última revisión médica, verificada el 2 de septiembre de 1993, en la que le fue prescrita una intervención quirúrgica consistente en la implantación de una placa metálica para cerrarle el cráneo. Se desestima porque la recurrente reitera el planteamiento ofrecido en la instancia y olvida que, según obra acreditado en autos, todos los efectos de sus lesiones se hallaban descritos y consolidados, y eran conocidos, en el orden físico, desde el 18 de mayo de 1992, y en el psíquico, tras el informe de 21 de marzo de 1991 o, a lo sumo, desde el 3 de diciembre de 1992, fecha de la última entrevista en el Centro de Salud Mental, lo que hace irrelevante que continuara durante cierto tiempo con consultas médicas para vigilar la evolución de las operaciones quirúrgicas a que fue sometido, como asimismo que, tras el alta médica, le hubiese sido recomendada la realización de una operación de cirugía plástica, que, por cierto, no se practicó precisamente por la actitud omisiva del paciente, según figura en el informe del doctor M. H. (STS de 25 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras haber sufrido una descarga eléctrica que le produjo graves lesiones, don S. E. B. reclama daños y perjuicios a las entidades *Remil, S. A.*, *Iberdrola* y a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. El Juzgado rechaza la demanda al considerar prescrita la acción y su sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el actor, el TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

4. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual: cómputo del plazo en caso de reclamación por lesiones.—Es doctrina jurisprudencial constante y pacífica la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido», puede decirse que constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de sep-

tiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994, entre muchas otras).

Valoración del daño generador de la responsabilidad civil extracontractual: competencia, discrecionalidad y revisión en casación.—Ante todo hay que partir de la base que el artículo 1902 CC no contiene norma o regla secundaria relativa a la valoración del daño, siendo doctrina reiterada de esta Sala la que determina que la fijación cuantitativa de los daños corresponde hacerla al Juzgador de Instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes.

Más tarde hay que tener en cuenta que la cuantificación de los daños y perjuicios cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional de manera discrecional, por lo que ello escapa al control casacional.

Por último, es preciso destacar que la cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de instancia, que no puede ser revisada en casación, sino cuando se modifiquen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización (S de 25 de febrero de 1992). (STS de 13 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. T. A. ejercita acción de responsabilidad civil extracontractual contra la empresa *Felguera I. H. I., S. A.*, exigiéndole la cantidad de noventa millones de pesetas en concepto de daños. Su demanda es parcialmente estimada. Apelan actor y demandada. La Audiencia desestima el recurso de la empresa y estima en parte el de don J. T. A. fijando la indemnización en cuarenta millones de pesetas. No ha lugar al recurso de casación que interpone *Felguera I. H. I., S. A. (R. G. S.)*

DERECHO DE LA PERSONA

5. Consentimiento del menor en el ámbito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.—La determinación de los requisitos necesarios para que la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de un menor no sean calificadas de ilegítimas, ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM), cuya regulación se aleja de la contenida en la anterior Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 3 de esta última toma como punto de referencia la madurez suficiente del menor para prestar el consentimiento por sí mismo: de darse dicha madurez, el propio menor podrá prestar el consentimiento de manera expresa, mientras que en el caso contrario se requiere que resuelva el juez después de que el representante legal haya prestado el consentimiento por escrito y lo haya puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda oponerse en ocho días. El artículo 4.3 LOPJM, sin embargo, considera ilegítima cualquier utilización de la imagen o el nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus inte-

reses, con independencia de que conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Aplicación de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.—La entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 15 de enero, se produjo el 15 de febrero 1996; los hechos ocurridos con anterioridad a dicha fecha seguirán regidos por la normativa anterior.

Denegación de prueba testifical motivada: no vulnera el artículo 24 CE. La denegación de una prueba testifical fundada en un precepto legal no da lugar a indefensión y, por tanto, no supone vulneración del artículo 24 CE. (STS de 19 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 16 de junio de 1992, F. C. A., de dieciséis años, y su novia participaron, tras haberlo solicitado por escrito en un papel firmado por ambos, en un programa de la cadena de televisión *R.T.V. Procono-Málaga* en el que los concursantes debían responder a preguntas sobre la historia y anécdotas de la ciudad de Málaga perdiendo una prenda de vestir en caso de no acertar la respuesta y ganando el concurso el concursante que no quedaba desnudo. El padre del menor demandó a *R.T.V. Procono-Málaga*. La demandada fue absuelta por el Juzgado de Primera Instancia confirmando la Audiencia Provincial dicha resolución.

NOTA.—A partir de la lectura del FD 3.º de la sentencia, parece derivarse que la LOPJM no es aplicable al caso por haber acaecido los hechos antes de su entrada en vigor. Podría sostenerse, sin embargo, que la fecha de referencia para la determinación de la normativa aplicable en un caso como el presente, está constituida por el momento de inicio del procedimiento en concreto ya que la DT única de la LOPJM dispone que «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior».

Por lo que se refiere a la nueva regulación de los mecanismos de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, debe destacarse la restricción de la capacidad de obrar del menor respecto de la normativa anterior, hecho que incluso contradice el propio espíritu de la LOPJM reflejado en el artículo 2.II según el cual «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». Este hecho ha llevado a autores como Mata Rivas, F., a considerar que el consentimiento del menor o de sus representantes legales prestado con las garantías reflejadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 sigue siendo eficaz (*Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, ed. Colex, Madrid 1997, p. 76).

En la Exposición de Motivos de la LOPJM se afirma que la finalidad de esta regulación tan restrictiva no es otra que la protección del menor «que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve». A este propósito parece importante tener en cuenta que dentro del concepto de *menor de edad* se incluyen edades en las que el nivel de madurez no es idéntico por lo que aun cuando en algunos supuestos la aplicación del artículo 4.3 LOPJM se considere adecuado precisamente por la razón aducida en la Exposición de Motivos (por ejem-

plo en el caso de un niño de ocho años), quizá en otros parece más acertada la regulación de la Ley Orgánica 1/1982 (a título de ejemplo, en el caso que da lugar a esta sentencia en el que el menor contaba con dieciséis años en el momento en que tuvieron lugar los hechos). (B. F. G.)

6. Vecindad civil. Adquisición.—El actual párrafo 5.º 2.º, del artículo 15 CC, y su precedente artículo 14.3.2.º, según texto Ley 3/1973, prescriben que la sujeción al derecho civil, común, especial o foral, se determina por la vecindad civil y, que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario durante este plazo; parece indiscutible, pues, que se trata de un período taxativo, en donde la adquisición de la vecindad civil, se adquiere con la mera constatación de dicha residencia en el Registro Civil Central y, en general, por el cauce habitual del previo empadronamiento.

La cuestión que se plantea de, si efectivamente, ese plazo de diez años, establecido por repetido artículo 14.3.2 CC texto antiguo hoy artículo 15.5.º 2.º, en relación con lo dispuesto en el artículo 225.2 del Reglamento del Registro Civil, deberá ser cumplido sólo por persona que legalmente pueda ejercer su rectoría, esto es, que tenga la correspondiente capacidad acorde con su mayoría de edad, por lo que, cualquiera que sea el tiempo que anteriormente haya residido sin que sea mayor de edad o que esté emancipado, no podrá computarse al respecto. En el problema, sin duda ha de subrayarse que, no es posible limitar el contenido imperativo del repetido artículo 14.3 CC, hoy 15.5.2.º, con una norma de carácter reglamentario que cercena por así decir, un posibilismo actuatorio como es, el acceso a una vecindad, precisamente, por razón de la vecindad en los términos establecidos por el derecho sustantivo (como es sabido la afectación en el régimen económico controvertido, proviene, porque, la vecindad así controvertida, adquirida por esa residencia del marido, atraía antes de la reforma efectuada por la Ley de 15 de octubre de 1990, la correspondiente a la de la mujer, al sancionarse en su artículo 14.4, que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados de su padre y, en defecto de éste la de su madre, esto es, que en definitiva, adquirida o no la vecindad civil por parte del marido, esa misma vecindad sería la de su esposa, por lo cual, el régimen económico sería justamente, el atinente a la vecindad que se detentare, o sea, la común si no se había ganado la vecindad civil catalana, cuyo régimen económico es el de gananciales, o bien, según se haya ganado la vecindad catalana su régimen de separación de bienes), debiendo al respecto mantenerse la tesis recogida por la S de 20 de febrero de 1995 (frente a la sostenida en la única precedente de 23 de febrero de 1992) en donde establece, naturalmente, la superior consistencia del criterio del código civil, sobre la limitación reglamentaria, se decía entonces: «... las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el FD 4.º de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquel en que el mero transcurso de los diez años opera *ipso iure* en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal *a quo*, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial en la dicción del

párrafo 2.º del artículo 225 RRC: «en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona»; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal *a quo...*», por lo cual, procede, con la acogida del motivo, actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.1.3 y dejar sin efecto la sentencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia por sus mismos argumentos. (STS de 21 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda solicitando se declare que el régimen económico del matrimonio era el común, el de la sociedad de gananciales, y se proceda a la liquidación de ésta.

Formulado escrito de contestación, la parte demandada alega, entre otros motivos, la vigencia en el matrimonio del régimen de separación de bienes del derecho catalán.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, confirmando que el régimen que regía el matrimonio era el de separación de bienes, derivado de la vecindad civil. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial la revocó.

El TS declara haber lugar al recurso de casación, confirmando la decisión de primera instancia y revocando la sentencia dictada en apelación. (M.ª R. D. R.)

7. Derechos fundamentales de libertad de expresión e información y derecho al honor. Criterios para resolver supuestos de colisión.—El artículo 20.1.a) y d) CE establece como derechos fundamentales los que se tienen para expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción así como para comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. También el artículo 10.2 CE concreta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, hay que destacar el artículo 19 de la Declaración Universal que dice que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

Por tanto, a la luz del texto constitucional, libertad de expresión y de información —activa y pasiva— son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la distinción entre libertad de expresión —emisión de juicios y opiniones— y la libertad de información —manifestación de hechos— y así lo mantiene el TC en su emblemática S de 6 de junio de 1990 (105/1990), aunque poco más tarde, con carácter matizador, dicho Tribunal, en S de 12 de noviembre de dicho año, reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periódica supone ejercicio no sólo del derecho de información, sino también del

derecho más genérico de expresión, por lo que la libertad de prensa exige el reconocimiento de una especie de inmunidad constitucionalmente protegida, no sólo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y opiniones.

En resumen, se puede decir que el derecho fundamental de libertad de expresión en relación con el más genérico de libertad de información, es esencial para asegurar los cauces precisos que puedan formar una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político, que precisa el Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen. Limitación de nuestro texto constitucional, totalmente de acuerdo con las establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, que establece que el derecho a la libertad de expresión e información podrá ser sometido a ciertas restricciones, como es la de la protección de la reputación o la de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

Sin embargo, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,
- b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia– como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia–, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración» actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. (STS de 6 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El periódico *El Mundo del País Vasco* publicó un artículo titulado «El circo de la Facultad de Derecho». El Decano de la Facultad interpone demanda de responsabilidad civil por agresión ilegítima contra su honor frente al autor, directores de la publicación y empresa editorial. El Juzgado estima la demanda condenando solidariamente a los demandados al abono de quince millones de pesetas. Apelan éstos y la Audiencia confirma la sen-

tencia de instancia. La empresa editorial interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado reduciéndose la condena solidaria por daños y perjuicios morales a un millón de pesetas. (R. G. S.)

8. Doctrina exculpatoria del reportaje neutral.—Estos hechos son perfectamente subsumibles en la teoría denominada del «reportaje neutral» o «información neutral» cuya base se encuentra en la doctrina jurisprudencial norteamericana del *neutral reportaje doctrine*, que parte de la base de estimar, que si un artículo periodístico recoge unos datos u opiniones, sin expresar o hacer valoración alguna, supone 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 en las SS del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre y 8 de julio de 1986, casos *Handyside* y *Linpens*, respectivamente.

Asimismo la S 232/1993, de 12 de julio, del TC, citada en el motivo, del «reportaje neutral» que califica la cuestión novedosa, señala que «precisa de ciertas consideraciones específicas, a saber: cómo ha de ponderarse una información en aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan atentatorias. Ante supuestos de esta naturaleza se hacen necesarias ciertas modulaciones en la aplicación de los cánones generalmente aceptados para resolver la colisión entre los derechos garantizados en los artículos 18 y 20 CE aunque tales modulaciones no afectan en absoluto al requisito de la relevancia pública, sino que se agotan en el contenido y alcance de la existencia de veracidad»; añade esta S que «el requisito de veracidad opera respecto de dos hechos distintos —y en dos formas también distintas— y lo hace además en dos momentos sucesivos y frente a dos sujetos diversos: por un lado, y en primer lugar, respecto de la declaración atribuida por la revista a una persona; de otro lado, y en segundo término, respecto por lo ésta declarado, correspondiendo en cada caso la posible responsabilidad en la que se incurra, respectivamente, al medio y al tercero» y continúa diciendo el TC que «el medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente la observación de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida: es exigible además, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración». En relación con la doctrina del «reportaje neutral», la S de esta Sala de 20 de febrero de 1997 puntualiza que en él «predomina y ha de atenderse a la exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, tratándose de hechos noticiables por su interés público y que trascienden a la comunidad», lo que se ratifica en S de 20 de enero de 1997. Todo ello ha sido corroborado por la reciente STC de 15 de julio de 1999.

Todo lo anterior es lo que acontece en este caso, puesto que la sentencia impugnada sienta el hecho de que la información en cuestión, referida a hechos de relevancia pública se limitó a reproducir el informe gráfico de la organización ETA tal y como lo publicó su fuente de información, el diario ABC, sin añadir comentario o valoración alguna, información que fue contrastada por su autor con la documentación de que disponía, entre ella, la

noticia publicada en ABC. Y cuando la fuente que proporciona la noticia es objetivamente fidedigna, más cuando no fue impugnada ni por los implicados en ella ni se pidió la rectificación, no es necesario más que la comprobación o exactitud de la fuente, y con mayor fundamento cuando la información periódica, según la propia S impugnada, la noticia tenía como antecedentes expresiones y versiones públicas y notorias.

Por todo ello, se vuelve a repetir, debe entrar en juego la referida doctrina exculpatoria del «reportaje neutral», sobre todo porque la parte recurrida se limitó a manejar unos datos que presentaban signos de verosimilitud y que no habían sido desmentidos ni directa ni indirectamente.

Alcance subjetivo del derecho al honor.—Uno de los principios que determinan la exigencia del derecho al honor y a la intimidad y, en su caso, sus límites, y que están concretados en el artículo 2 de la Ley 1/1982, es lo que gráficamente denomina la S de esta Sala de 18 de abril de 1989, como que cada persona es soporte y sujeto jurídico del derecho al honor, por lo que la tutela efectiva estará en función del celo que en sí guarda y estimación manifiesta cada persona en ello, y no se puede olvidar en este sentido el pasado sociológico de la parte recurrente. En otras palabras y como se dice en el *factum* de la sentencia recurrida, el honor de Román L. M. ya estaba en entredicho y seriamente afectado, desde el instante mismo que el mismo permitió y aceptó implícitamente su adscripción a la banda terrorista ETA, al no adoptar desde 1987 hasta 1993 ninguna medida de salvaguarda de su honor. (STS de 26 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. L. interpone demanda de protección civil de su derecho al honor contra *Unidad Editorial, S. A., Editorial del Pueblo Vasco, S. A.*, don J. V., doña E. L. y don P. Aguirre. El Juzgado estima en lo sustancial la demanda considerando la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho del actor consistente en la publicación y difusión de la inveraz noticia de pertenecer éste al aparato económico de ETA. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado y el TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone don R. L. (R. G. S.)

9. El insulto no puede ser amparado por la libertad de expresión.—La doctrina jurisprudencial emanada de la jurisprudencia, tanto de esta Sala como del TC, establece recogiendo la doctrina del TC USA denominada *Preferent Fredous*, que los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información mantienen una posición preferente sobre otros derechos, también fundamentales, y recogidos en nuestra Constitución, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad.

También es cierto que dichos TC y TS, tienen declarado que la expresión injuriosa constituye un auténtico límite a dichos derechos basados en la libertad de expresión o información, si lo que transmite sus (*sic*) opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990, que se cita por todas, establece la anterior doctrina por la que se determina que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad humana que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental. (STS de 11 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. P. G. presenta demanda sobre protección de su derecho al honor al considerar lesionado éste por las manifestaciones de los demandados en un programa radiofónico de *Antena Tres de Radio, S. A.* El Juzgado desestima su demanda. La Audiencia estima parcialmente su recurso de apelación por entender que ha existido una intromisión ilegítima en su derecho al honor pero rebajando el monto de la cantidad reclamada en la instancia en concepto de indemnización. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados. (R. G. S.)

10. Caducidad de la acción civil de protección del derecho al honor frente a agresiones ilegítimas.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales, caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Y cuando dicho precepto habla de caducidad, ha de entenderse como la decadencia de derechos que surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido, y que con el fin de evitar la inseguridad jurídica, ha de contemplarse dicha caducidad desde un punto de vista del dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma.

Pero además, un aspecto esencial de la referida institución de la caducidad es el de su no posible interrupción, y es esta nota la que la diferencia de la prescripción, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ha configurado la caducidad con una naturaleza que se deriva de no ser posible su interrupción, salvo en el caso concreto de la formalización de un acto de conciliación (SS de 25 de junio y 22 de mayo de 1965, 23 de diciembre de 1983, 27 de diciembre de 1992 y 10 de noviembre de 1994, entre otras).

No cabe interrupción del plazo de caducidad por el ejercicio de una acción penal basada en los mismos hechos.—Sin que pueda hablarse de interrupción de dicho plazo por el ejercicio de una acción penal que por los mismos hechos efectuó dicha parte, a través de una querrela por la existencia de un delito contra el honor. Y ello, no sólo por la imposibilidad, como ya se ha dicho con anterioridad, de interrumpir la caducidad, sino también porque en el presente caso son inaplicables el artículo 114 LECr y el artículo 10.2 LOPI, desde el instante mismo que la acción civil de protección al honor se puede ejercitar en cualquier momento dentro de un período hábil, sin estar sujeta a las vicisitudes de un juicio penal sobre los hechos en cuestión. Puesto que no se puede hablar de una cuestión prejudicial penal de necesario pronunciamiento para el conocimiento de la acción civil, para el ejercicio de esta clase de acciones, que deberán desarrollarse con verdadera autonomía con respecto a otros órdenes jurisdiccionales, como así establece el artículo 9.1 de dicha Ley Orgánica 1/1982, sobre todo cuando en el presente caso, los hechos pueden, en todo caso, ser constitutivos de un delito perseguible sólo a instancia de parte, y así paradigmáticamente lo proclama la STC de 13 de julio de 1992, cuando en ella se dice «que la naturaleza del delito de persecución privada, confiere prácticamente, una acción al perjudicado para decidir si actúa en petición de la reparación de los agravios sufridos ante los órganos de una u otra manifestación jurisdiccional (civil o penal)». Lo que significa que no puede haber intromisión en el proceso civil seguido *ad hoc* en relación a lo

que pueda suceder por los avatares de otros procesos penales, aunque los hechos puedan ser los mismos, siempre que el orden penal y para el caso de que sólo pueda ser utilizado a instancia de una parte privada. (STS de 31 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. C. interpone demanda de protección civil de su derecho al honor contra don G. L. por las afirmaciones que éste realizó en un artículo publicado por el periódico *Hoy*, de Badajoz. El Juzgado desestima la demanda por caducidad de la acción. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Solidaridad pasiva.—Los presupuestos de esta clase de responsabilidad, establecidos en el artículo 1137 CC, no se producen en este planteamiento litigioso ya que la atribución de la pretendida cualidad de deudoras a las entidades demandadas no se hace desde una sola y misma obligación —una se liga a un contrato de arrendamiento de obra que como comitente concertó con la demandante, y la otra se extrae de un alegado beneficio sin causa que de esa obra recibió siendo ella ajena al contrato en que se convino su realización—, obligación de la que derivase una misma responsabilidad.

Prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. Requisitos.—A falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sustenta en el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente —tortíceraamente como decían Las Partidas, o injustamente, o sin justicia o sin razón— a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de aquél, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria respecto de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados —enriquecimiento a costa de un empobrecimiento—, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose, en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante —se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras—, quedándose en aquel efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa.

Prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. Supuestos.—Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto. El resultado injustificado es la esencia y el núcleo del principio impeditivo del enriquecimiento. Sin más condicionamientos se establecen esos escuetos requisitos en las SS de esta Sala de 28 de enero de 1956 y 13 de octubre de 1995. (STS de 12 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El 6 de junio de 1989, *Pescanova, S. A.*, vendió a *Comarfol, S. A.*, el buque arrastrero de su propiedad, el «Lérez», por 53.190.125 pesetas y con reserva de dominio. La compradora pagó quince millones al contado y prometió pagar el resto dentro de un término. Con posterioridad, la compradora encargó a *Montajes Folgar, S. A.*, que transformase el buque en palangrero de superficie. Las obras terminaron en diciembre de 1990 y costaron 79.698.423 pesetas. *Comarfol, S. A.*, no pagó la parte aplazada del precio a *Pescanova, S. A.*, por lo que ésta solicitó y obtuvo la declaración judicial de resolución del contrato. *Montajes Folgar, S. A.*, tampoco cobró de *Comarfol, S. A.*, el importe de las obras y por ello demandó a esta empresa y a *Pescanova, S. A.*, para que le pagasen ese importe como deudores solidarios y subsidiariamente, que en caso de ser insolvente la primera pague la segunda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vigo estimó parcialmente la demanda y condenó solamente a *Comarfol, S. A.*, a pagar las obras. La demandante recurrió en apelación pero la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, *Montajes Folgar, S. A.*, insistió en sus mismos argumentos en un recurso de casación que finalmente prosperó. El TS casa la sentencia recurrida y, aunque descarta que las demandadas deban responder solidariamente, sí que condena a *Pescanova, S. A.*, a pagar a la recurrente la cantidad a que fue condenada *Comarfol, S. A.*, en caso de que ésta sea insolvente. (A. R. G.)

12. Prueba de presunciones y simulación.—La prueba de presunciones es una prueba indirecta que exige un razonamiento lógico que parte de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para llegar a otro desconocido, que permite una mejor resolución de la controversia. Esta prueba es subsidiaria o supletoria y opera cuando no existan pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate. La prueba de presunciones se admite para los negocios simulados debido a la dificultad de demostrar la verdadera intención de las partes. (STS de 3 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros Municipal de Burgos* concedió una línea de descuento a la empresa *Industrias Alimentarias del Zadorra* con el aval de don B. V., doña M. B. M., don J. A. S. y doña H. P. Cuando la empresa dejó de pagar determinados efectos descontados, los bienes de los fiadores salieron de sus patrimonios mediante contratos de compraventa celebrados con sus familiares o con entidades que eran controladas por los fiadores. Estas operaciones económicas provocaron su insolvencia. La *Caja de Ahorros Municipal de Burgos* interpuso demanda contra la empresa, los fiadores y otras personas, en la que solicitaba que se condenase a los demandados a pagar una determinada suma de dinero y que se declarase la nulidad de determinadas escrituras públicas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La parte actora interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Burgos, que declaró la nulidad de las escrituras públicas al existir una simulación. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados, al considerar,

entre otros motivos, que la prueba de presunciones es una prueba válida para demostrar la existencia de una simulación. (M. V. V.)

13. Doctrina de los actos propios.—La doctrina que establece que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos no se puede aplicar en el ámbito de la nulidad radical.

Requisitos del error como vicio del consentimiento.—El error es aquel vicio del consentimiento que consiste en una desigualdad entre lo que se quería y declaró y lo que se hubiera querido si no hubiese existido error. Los requisitos que se exigen para la existencia del error son: que sea esencial, o sea, que recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que dan lugar a su celebración; que no sea imputable a quien lo padece; que exista un nexo causal entre el error y la finalidad que se perseguía con el negocio jurídico, o sea, que la existencia del error conduzca a la celebración de un negocio que si se hubiese conocido el error no se hubiese celebrado; y que sea excusable, es decir, que no se pueda evitar por quien lo padece con una diligencia media, ya que no se puede proteger a quien ha tenido una conducta negligente.

Falta de causa e imposibilidad jurídica del objeto.—Cuando se transmite un bien no susceptible de tráfico jurídico no existe un supuesto de falta de causa, ya que el hecho que se transmita un objeto no susceptible de tráfico jurídico no afecta ni a la causa objetiva del contrato (función económico-social) ni se persigue una finalidad ilícita. La mejor solución es entender que el contrato es nulo por imposibilidad jurídica del objeto.

Efecto restitutorio de la nulidad de un contrato.—Cuando se declara la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse las cosas objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC). Este efecto tiene como finalidad que las partes recuperen la situación personal y patrimonial anterior a la constitución de la obligación. Esto supone que si el contrato se ha ejecutado de forma total o parcial, se deben reponer las cosas al estado del momento de celebración del contrato. Dado que el artículo 1303 CC puede resultar insuficiente a la hora de fijar el efecto restitutorio, se puede acudir a otras normas para fijarlo, como es el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto.

Indemnización del daño moral ocasionado por el incumplimiento.—El incumplimiento de un contrato no supone necesariamente la indemnización del daño moral, entendiendo por daño moral las afecciones físicas y psíquicas que son consecuencia del trastorno o inquietud producidos por el incumplimiento. Para que pueda tener lugar esta indemnización es necesario que se expliciten los hechos que permiten ver esa afección que da lugar a su resarcimiento. (STS de 26 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Therese Marcelle Armengaud de Baudoin y don Michel Louis Gustave Baudoin celebraron un contrato de compraventa con los señores Patrick y Catherine Bernouin, que sustituyó el celebrado con la entidad *Darrera des Puig*. En virtud de este contrato, los señores Baudoin adquirían una finca, que estaba edificada en una parte de su extensión, que estaba segregada de otra mayor y que no tenía la superficie mínima que en ese momento exigía la normativa urbanística. Los compradores interpusieron una demanda en la que solicitaban la resolución del contrato de compraventa y el

resarcimiento de los daños y perjuicios que se les habían ocasionado. Los demandados formularon reconvencción en la que solicitaban la resolución del contrato por incumplimiento de los señores Baudoin en el pago del precio o, subsidiariamente, el cumplimiento del contrato. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por los señores Baudoin y, aunque los demandantes solicitaban la resolución del contrato, declaró que el contrato de compraventa era nulo por falta de causa y vicios del consentimiento, de modo que se les debía restituir el precio pagado e indemnizar los daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la reconvencción. Los demandados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Palma, que también consideró que el contrato era nulo de pleno derecho por ilicitud de causa. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estima parcialmente al considerar que la indemnización de los daños morales que establece la sentencia de instancia no tiene una base fáctica sobre la que sostenerse y que los efectos restitutorios de la nulidad afectan a ambas partes del contrato, de modo que la parte actora debe reintegrar la finca objeto del contrato. El TS desestima los demás motivos al considerar que existía una imposibilidad jurídica del objeto (*no se permite la segregación de la parcela con la superficie que se segrega, de modo que se transmite una cosa que está fuera del tráfico jurídico*) y que existió un error excusable por la parte compradora, que desconocía que la finca no reunía todas las condiciones que exigía la normativa urbanística. (*M. V. V.*)

14. Rescisión de donación por fraude de acreedores. Carácter subsidiario de la acción y cómputo de su plazo de caducidad.—El acreedor debe perseguir los bienes de su deudor dentro del plazo de los cuatro años de ejercicio de la acción rescisoria (art. 1299, párrafo 1.º, CC), y el cómputo de ese plazo no puede quedar a su arbitrio, ni depender de la mayor o menor actividad en dicha persecución. Como dijo la S de esta Sala de 8 de mayo de 1903, «la condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el artículo 1294, no significa que pueda subsistir indefinidamente cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de tales acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor...» (S de 26 de junio de 1946). Con todo, la jurisprudencia de esta Sala acepta hechos objetivos de los que se deduce racionalmente la demostración de la carencia de bienes libres, y no exige una persecución real de todos y cada uno de ellos con resultado infructuoso.

El donatario no se convierte en deudor de los acreedores del donante.—El artículo 643 CC no concede al acreedor defraudado por la donación, además de la acción rescisoria (art. 1291.3.º y 1297 en relación con el artículo 1111, todos del CC) otra contra el donatario, sino que recoge lo que es esencia de la rescisión, o sea, cobrarse con los bienes donados a través de la rescisión de la donación. La presunción de fraude en la donación se obtiene directamente del artículo 1297 CC, pero ello no legitima para ejercitar la acción rescisoria, puesto que ha de concurrir el requisito de la subsidiariedad, de que los acreedores defraudados no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe (arts. 1291 y 1294 CC), y en el artículo 643 CC se expresa lo mismo

con la exigencia de que el donante no se reserve bienes bastantes para el pago de las deudas. No se ve la razón por la que la donación tuviese un régimen especial, distinto del previsto en el artículo 1297 CC, consistente en una asunción *ex lege* de las deudas del donante sin consentimiento de los acreedores del donatario, que pudiera perjudicarles al responder éste de aquellas deudas con sus bienes propios, además de los donados, con la consiguiente repercusión en sus privilegios crediticios si de ellos gozaran legalmente. (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de agosto de 1987, José S. V. y Carmen V. M. otorgaron distintas donaciones a favor de sus hijos José Manuel y María del Mar. El día 25 de febrero de 1993, el abogado del Estado interpuso acción de revocación de esas donaciones por haber sido celebradas en fraude de acreedores. Éste consideraba que dichas donaciones habían perjudicado al Estado indebidamente, como acreedor de las deudas tributarias asumidas previamente por José S. V., relativas al «impuesto de la renta de las personas físicas y tráfico de empresas de los períodos 1981, 1982, 1983 y 1984». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entre otros motivos, por caducidad de la acción rescisoria; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M.^a B. S.)

15. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—Para poder ser declarada a instancia de la entidad demandante con las consecuencias de rescisión o nulidad del contrato (*sic*) que la cobija, tendentes a restablecer una situación anterior, viene condicionada por la demostrada realidad de un perjuicio concreto que únicamente mediante el éxito de aquella pretensión puede ser reparado. Al tratar de este condicionante en el efecto rescisorio de la acción ejercitada por vía de demanda, no puede prescindirse de la reiteradísima jurisprudencia que exige haber previamente agotado las posibilidades de alcanzar bienes con los que hacer efectivo lo adeudado patentizando la insolvencia del deudor. A estos efectos bastaría «con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentos enajenados», estableciendo la base apreciativa en el acto de sustracción de bienes concretos a las posibilidades de los acreedores para reembolsar sus créditos, más el complemento de aquella carencia de otros. (STS de 3 de octubre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Juan R. L. celebró dos contratos de apertura de préstamo con la entidad *Caixa d'Estalvis del Penedès*, en marzo de 1989 y en marzo de 1990 respectivamente. En abril de 1990, Juan R. L. no pagó las cuotas de los préstamos y, con fecha 5 de septiembre del mismo año, vendió una casa a sus suegros Joan P. A. y Rosa A. G. Interpuestos dos juicios en ejecución de los contratos de apertura de crédito, *Caixa d'Estalvis del Penedès* obtuvo ambas sentencias favorables pero no llevó a cabo el trámite de realización del valor de los bienes embargados de Juan R. L. Posteriormente, la entidad bancaria interpuso demanda mediante la que reclamó el pago de las cantidades debidas y los intereses moratorios e instó la declaración de nulidad del contrato de compraventa mencionado por haber sido

celebrado con simulación absoluta. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a Juan R. L. a pagar la cantidad reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por la demandante *Caixa d'Estalvis del Penedès* y declaró la nulidad del contrato de compraventa por simulación. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por Juan R. L. y casó la sentencia recurrida.

NOTA.—La acreedora *Caixa d'Estalvis del Penedès* instó la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado entre Juan R. L. y sus suegros por simulación que recaía sobre su causa. De ese modo se discutía un supuesto de nulidad absoluta de contrato (*ex art. 1276 CC*) y, consecuentemente, parece que debía haber sido suficiente el perjuicio ocasionado por la mencionada compraventa a la entidad bancaria para admitir su legitimación activa y, en su caso, se hubiera debido declarar la nulidad del contrato —como había hecho la sentencia de la Audiencia— con independencia de los bienes que Juan R. L. hubiera conservado en su patrimonio para hacer frente a las deudas derivadas de los contratos de apertura de préstamo. No obstante, el TS admite la validez de la compraventa y únicamente plantea su ineficacia con base en la institución de la rescisión de contratos —acogiendo el motivo del recurso de casación interpuesto por Juan R. L. y así su sentencia resulta desfavorable a la pretensión de *Caixa d'Estalvis del Penedès* por no presentar su acción carácter subsidiario, puesto que ésta no había llevado a cabo el trámite de realización del valor de los bienes embargados de Juan R. L. en los juicios ejecutivos de los contratos de apertura de crédito. Con ese razonamiento el TS se aparta de la doctrina que incluye la acción de nulidad del contrato por simulación entre las posibilidades que legalmente tiene el perjudicado para obtener la reparación del perjuicio y que deben agotarse antes del ejercicio de la acción rescisoria (así, por ejemplo, María Ángeles Zurilla Cariñana, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil (art. 1294)*, Navarra, Aranzadi, 2001, pp.1514-1515; véase también, S de 4 de febrero de 1963). (*J. M.^a B. S.*)

16. Contrato de compraventa de vivienda. Constitución de hipoteca: improcedencia del cobro a los compradores de los gastos de constitución del préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos. Infracción de lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 10.1.c) LGDCU.—La improcedencia del pago, con base en lo pactado en el contrato de compraventa, de los gastos de constitución de la hipoteca que grava el piso vendido, es contundente en virtud escrupulosa a lo que al respecto de forma *ad hoc* determina el artículo 10.1.c), 11 LGDCU, que prescribe que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, deberán cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Lo que entre otras cosas excluye, a tenor de dicho apartado, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor, como son las

hipotecas para financiar su construcción o su división, y su cancelación. (STS de 1 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. V. L. y otros presentaron demanda contra la entidad P, S. A., solicitando la declaración de nulidad de la estipulación del contrato de compraventa, por la que se repercutía a los compradores el pago de constitución de las hipotecas que gravaban los pisos; así como la devolución de las cantidades pagadas en tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

17. Interpretación del requisito de que la solidaridad ha de pactarse «expresamente» contenido en el artículo 1137 CC.—El artículo 1137 CC, establece el principio de la presunción de no solidaridad, para el caso de multiplicidad de deudores o acreedores en toda relación obligacional, en orden a exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad. Ahora bien, esta Sala tiene declarado, como jurisprudencia pacífica, que tal solidaridad no ha de requerir para su establecimiento, su expresión con constancia, expresa, escrita, literal, ni por tanto el empleo específico del vocablo que lo represente, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación (STS de 19 de diciembre de 1991). (STS de 17 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes entablan un juicio sobre reclamación de cantidad contra tres empresas solicitando que se les condene solidariamente al pago de unas dietas que les corresponden por el desempeño de la función de interventores en la suspensión de pagos de dichas entidades mercantiles. El Juzgado de Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso y condena solidariamente a los demandados al pago de una determinada cantidad. El TS no estima el recurso interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

18. Intereses moratorios e intereses procesales.—Como dice la S de 11 de noviembre de 1999, esta Sala viene atenuando el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora* y declarando la procedencia de los intereses moratorios en aquellos supuestos en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debitada al tiempo del requerimiento de su pago, porque los referidos intereses actúan a medio de sanción al deudor moroso, renuente al pago y la protección judicial al acreedor debe ser completa de sus derechos, y lo que la sentencia viene a realizar es declarar el derecho a la obtención de la cantidad por intereses que pertenecían al acreedor con anterioridad a la decisión judicial (SS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero de 1992, 21 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1995) operando ésta en cuanto determina el alcance cuantitativo de la cantidad que produce los intereses moratorios (S de 20 de julio de 1995). (STS de 6 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María del Carmen H. R. interpuso demanda contra Peixos Victorino, S. A., para reclamarle el pago de determina-

das sumas de dinero por conceptos que la sentencia no especifica. La demandada se defendió alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la entidad *Fidch Traders Limite*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vilanova y la Geltrú estimó la demanda en parte y condenó a *Peixos Victorino, S. A.*, a pagar determinadas facturas a la demandante. La demandada recurrió en apelación pero la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) desestimó el recurso. En casación, el recurso de la demandante —que el TS desestimó— tuvo un contenido eminentemente procesal. (A. R. G.)

19. Intereses moratorios.—Resulta aplicable a la entidad recurrente el tercer supuesto del artículo 1501 CC porque se ha constituido en mora según el artículo 1100 CC y es precisamente este último precepto el que proclama que «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación». Por tanto, los intereses deben computarse desde la fecha de la interpelación judicial, por tratarse de una deuda pecuniaria, líquida y vencida y habiendo el deudor incurrido en mora. Como ha declarado la S de esta Sala de 15 de febrero de 1994, hasta la presentación de la demanda no existe una estimación clara exigiendo el pago y como tal intimación supone una declaración de voluntad receptiva, el *dies a quo* debe computarse desde la fecha del emplazamiento.

Distinción entre intereses moratorios e intereses procesales.—La S de esta Sala de 17 de febrero de 1994 diferenció los intereses moratorios y los procesales. Aquéllos encuentran su amparo en los artículos 1101 y 1104 CC y no pueden confundirse con los previstos en el artículo 921 LEC, como recogió la S de 20 de junio de 1994. El devengo de las moratorias tiene lugar desde la presentación de la demanda (S de 18 de noviembre de 1996) siendo la función de tales intereses la indemnización de daños y perjuicios en la demora en el cumplimiento de la obligación, pues la tutela judicial garantizada constitucionalmente exige, no sólo el cumplimiento del fallo condenatorio, sino que el vencedor consiga el pleno restablecimiento de su derecho hasta la *restitutio in integrum*, actuando en este sentido el interés de demora (S de 18 de febrero de 1998).

Cláusula *rebus sic stantibus*.—La jurisprudencia de esta Sala (SS de 27 de enero de 1981, 27 de junio de 1984, 13 de marzo y 6 de octubre de 1987, 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992, 4 de febrero y 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero, 29 mayo y 19 de junio de 1996, 10 de febrero y 23 de junio de 1997) señala: A) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. B) Que no obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales. C) Pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela. D) Que su admisión precisa: a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones, y c) Que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. No puede tener lugar tal doctrina cuando el retraso del cumplimiento obligacional resulta unilateral e injustificado. En este caso ha quedado sin acreditar: a) Que la calificación sea definitiva siendo así que

aparece recurrida. *b)* Qué valor alcanzan las fincas compradas después de su calificación y cuál podían ostentar si fueran edificables. Resulta inconcebible que una empresa constructora con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable. Finalmente, el contrato de compraventa celebrado entre las partes constituye un contrato de tracto único, que había sido cumplido de adverso y que no requería sino el pago del precio por la hoy recurrente y en esta clase de contratos la pretendida cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación aún más excepcional que en las de tracto sucesivo, como ha señalado la S de esta Sala de 10 de febrero de 1997. Se trata en definitiva de un normal *periculum emptoris* y no incardinable en la referida cláusula. (STS de 15 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Carmen, doña Josefa, don José Antonio y don Juan C. S., habían celebrado un contrato de compra y venta de unos terrenos con *Emasa Empresa Constructora, S. A.* Con posterioridad, se produjo un cambio en la calificación urbanística de dichos terrenos y la empresa constructora se negó a pagar el precio convenido por los mismos. Ante su incumplimiento, los vendedores interpusieron demanda contra ella ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cartagena, en la que reclamaban a la demandada que pagase la suma de 30.446.000 pesetas en concepto de precio más los intereses legales. En la contestación a la demanda, la demandada alegó que se había producido un cambio de circunstancias que producía o bien que el contrato fuese nulo por invalidez del consentimiento, o bien, subsidiariamente, que el precio tuviese que adecuarse a las nuevas circunstancias de acuerdo con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la empresa a pagar el precio. Además, señaló que este precio devengaría el interés a que se refería el artículo 921 LEC 1881, aplicable al caso. Ambas partes recurrieron en apelación. Los demandados entendían que se tenía que haber condenado a *Emasa Empresa Constructora, S. A.*, al pago del interés legal del dinero desde la interpelación judicial. La Audiencia Provincial de Murcia, en S de 7 de julio de 1995, dio la razón nuevamente a los demandantes y añadió a la condena anterior la de pagar también los intereses legales del precio. La empresa demandada volvió a recurrir, esta vez en casación. En su opinión, se había infringido la prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa que experimentarían los demandantes a causa de haberse condenado a aquélla a pagar los intereses legales del precio desde la interpelación judicial. Por otro lado, el recurso insistió en que se debía haber aplicado la cláusula *rebus sic stantibus*. El TS desestima ambas pretensiones y declara no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

20. Inhabilidad del objeto vendido. *Aliud pro alio*. Incumplimiento.—La jurisprudencia de esta Sala declara que debe entenderse que se produce entrega de cosa distinta (*aliud pro alio*) cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para poder cumplir la finalidad que motivó su adquisición, lo que ocasiona evidente insa-

tisfacción del comprador e inevitable frustración al tratarse de resultado negativo, por lo que en estos casos ha de otorgarse la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC (SS de 7 y 12 de abril de 1993, 29 de noviembre y 31 de diciembre de 1996 y 4 de diciembre de 1998, entre otras).

Imprudencia de las acciones edilicias.—Las acciones redhibitoria y *quanti minoris* no son aplicables a aquellos supuestos en los que la demanda se dirige a obtener las reparaciones que no procedan de efectivos vicios ocultos, sino las económicas e indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, por haberse hecho entrega de cosa distinta que resultó inservible y que determina que proceda la resolución de la relación contractual con efecto retroactivo. (STS de 10 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Transmisiones Zaragoza, S. L.*, compró unos «motorreductores» a la empresa *Talleres Metalúrgicos Jordá, S. A.* Al comprobar que éstos presentaban graves averías y resultaban inservibles, la entidad compradora interpuso demanda contra la vendedora, reclamando la resolución de los contratos de compraventa celebrados y una indemnización de los daños y perjuicios producidos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resueltos los mencionados contratos, ordenó a la compradora *Transmisiones Zaragoza, S. L.*, la devolución de los «motorreductores», y condenó a la empresa vendedora *Talleres Metalúrgicos Jordá, S. A.*, a la devolución del importe del precio satisfecho, al pago de sus intereses legales y a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la compradora como consecuencia del incumplimiento contractual. Probado que las máquinas compradas presentaban «graves defectos en su capa cementada, que adolecía de notorias alteraciones cristalinas y fragilidad, lo que actuó como causa suficiente y, por tanto eficiente, para producir rotura de los dientes en los engranajes, con la consecuencia de inutilizar las máquinas y la imposibilidad de su uso correcto», la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la vendedora y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M.^aB. S.)

21. Compraventa. Resolución por incumplimiento: la suspensión del pago del precio no es indefinida ni procede cuando la finca no se halle inscrita en el Registro a favor del vendedor.—A la acción resolutoria general del artículo 1124 del CC puede aplicársele por analogía la doctrina de esta Sala sobre la interpretación del artículo 1502 CC, que no considera causa de suspensión del pago del precio el que la finca no se halle inscrita en el Registro a favor del vendedor, y que niega que la suspensión pueda ser indefinida, dejando de subsistir cuando cesa la perturbación o haya desaparecido el peligro (SSTS de 11 de octubre de 1974, 30 de enero y 4 de junio de 1992).

Modo de renunciar a la facultad de resolución.—La renuncia a la facultad de resolución ha de ser, como toda renuncia de derechos, clara, inequívoca y no deducible de actos de dudosa significación.

Alcance del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que ha de darse en el deudor para que la resolución del contrato prospere.—No se trata de una indagación de índole psicológica sobre las

motivaciones del deudor, sino de juzgar sobre sus hechos, debiendo obtenerse de este examen que frustra la finalidad del contrato con su conducta sin causa justificada. (STS de 6 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. S. H. vendió un inmueble mediante el precio aplazado a una entidad mercantil. Tras dejar de satisfacer los dieciséis plazos mensuales pactados, el vendedor demanda la resolución del contrato. Se daba la circunstancia que el vendedor tenía la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad su adquisición dentro de una fecha determinada y la cumplió el último día. El juzgado estimó parcialmente la demanda al señalar un plazo impropio de quince días para el pago con sus intereses legales correspondientes con el apercibimiento de que, en caso de no verificarlo, quedaría resuelta la compraventa. La Audiencia confirmó la sentencia del juzgado que fue apelada por el actor. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, al declarar resuelta la compraventa. (I. D. L.)

22. Resolución de contrato e indemnización de daños.—La resolución de un contrato no lleva aparejada *ipso iure* la indemnización de daños.

Doctrina constitucional de motivación de sentencias.—La exigencia de motivación de sentencias, reconocida a nivel constitucional en el artículo 120.3 CE, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y ha sido interpretada por el TC en la S 54/1997 en el sentido de cumplir una doble función: en primer lugar constituye un elemento preventivo de la arbitrariedad ya que permite el conocimiento de las razones que han llevado a un determinado fallo, permitiendo de este modo la interposición de los recursos procedentes. En segundo lugar es un elemento preventivo de la arbitrariedad; esto último no debe traducirse en el derecho a exigir un razonamiento exhaustivo ya que se consideran suficientemente motivadas las sentencias que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. (STS de 12 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—A. C. G. demandó a *Selgas, S. A.*, pidiendo la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre el actor y el demandado, subsidiariamente su resolución y, en cualquier caso, la devolución del precio así como el abono de daños y perjuicios por la imposibilidad de utilizar el autobús objeto del contrato en las condiciones propias del mismo y por no haber podido atender por este motivo los plazos de financiación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial condenan al demandado a la indemnización de daños sin explicar cuáles son éstos ni el motivo que conduce a tal condena. (B. F. G.)

23. Indemnización del daño moral: prueba: doctrina general.—La jurisprudencia sobre daño moral, aparentemente es contradictoria, pues unas veces indica que la falta de prueba no basta para rechazarlo de plano (STS de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 febrero de 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 junio de 1991), en tanto que en otras se exige la constatación probatoria (STS de 14 diciembre de 1993), o no se admite la indemnización por falta de pruebas (STS de 19 octubre de 1996).

Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo, sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes; así cuando el daño moral emane de un daño material (STS de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte; pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa que justifica la operatividad de la doctrina *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

El daño moral es aplicable a la responsabilidad contractual y extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (STS de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa (SSTS de 14 de diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998), y que iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (SSTS de 9 de mayo de 1984, 27 de julio de 1994, 22 de noviembre 1997, 14 de mayo y 12 de julio de 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (STS de 19 de octubre de 1998), aunque las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad, algunas con regulación legal. Ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista, con fundamento en el principio de indemnidad, ora en las relaciones de vecindad o abuso de derecho (STS de 25 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (SSTS de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996), aunque no es permitido pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

Daño moral en el retraso en el transporte aéreo de personas.—El daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, habiendo declarado la jurisprudencia que tales situaciones se dan en el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS de 12 de julio de 1999). En el presente caso no pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo, pero sí cuando los viajeros no han sido debidamente informados y atendidos durante la espera, o no se les facilita comunicación con los lugares de destino. Ahora bien, también son indemnizables aquellas situaciones en las que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo que carece de justificación, como ocurre en este caso: 1) el retraso obedeció exclusivamente al interés particular de la compañía (traslado de un motor para avión propio a una escala intermedia); 2) retraso importante, aquí de diez horas; 3) situación de afeción en la esfera psíquica, al regresar de viaje de novios, preocupación por perder un día de trabajo, imposibilidad de buscar solución sustitutiva y prepotencia de la compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su como-

dad, con desprecio de la contraparte, sin sacrificio alguno por la suya. (STS de 31 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor contrató con la TWA el transporte suyo y de su esposa, el 13 de agosto de 1999, desde Nueva York hasta Barcelona, sufriendo un retraso de diez horas por la conveniencia de la empresa de transportar en el mismo vuelo un motor para otro avión de la empresa, averiado en Lisboa (escala obligada). En la demanda se cifraba en 70.000 dólares USA la cuantía de la indemnización por daño material y moral. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, estimó parcialmente la demanda, pero rechazó la indemnización de 70.000 dólares por lucro cesante (*sic*), si bien cifró en un millón de pesetas la cuantía de la indemnización a percibir por todos los conceptos, La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó parcialmente el recurso de la TWA, y redujo a 250.000 pesetas la indemnización por daño moral. El TS (Pte.: Sr. Corbal Fernández) rechazó el recurso de casación interpuesto por la compañía aérea, sentando una importante doctrina sobre indemnización *ex contractu* por daño moral, aquí extractada. Es de advertir que la terminología sobre el daño utilizada en los autos, es imprecisa.

NOTA.—El transporte aéreo de personas, de actualidad mundial por los luctuosos hechos del 11 de septiembre de 2001, se presta a múltiples consideraciones jurídicas, así en el presente caso, con invocación de la Ley de 1984, se impugnan determinadas cláusulas o condiciones generales del contrato (exoneración de responsabilidad por retraso, sumisión a los Tribunales de Nueva York), pero el recurso se centra en la indemnizabilidad del daño moral. Por lo demás, el triunfo final de la parte actora es más bien *moral* (valga la redundancia) vista la sustanciosa rebaja de cuantía de la indemnización concedida que se llevó a cabo por la Audiencia Provincial. No cualquier retraso genera indemnización, pero sí cuando concurre el carácter injustificado, su importancia (lo es el de diez horas) y su impacto psíquico (¿se supone siempre por aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*, o se denegará al viajero flemático con mucha experiencia?). Sentencia bien construída que avanza prudentemente en esa senda abierta por la jurisprudencia para indemnizar el daño moral por incumplimiento de contrato. (G. G. C.)

24. Concepto de crédito refaccionario.—Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia existe un concepto amplio de crédito refaccionario, ya que se entiende que el crédito refaccionario no se limita al préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio sino que también abarca cualquier crédito vinculado a obras de reparación, construcción o mejora de bienes. Sin embargo, este concepto amplio de crédito refaccionario no incluye cualquier crédito que tenga su origen en un suministro de bienes o servicios relacionado con un bien inmueble, ya que la jurisprudencia ha considerado que sólo existe crédito refaccionario cuando el acreedor ha ejecutado la obra en el edificio o ha suministrado elementos que se integran de forma fija en él (SSTS de 21 de mayo de 1987 y 9 de julio de 1993). El hecho de que los bienes suministrados sean inmuebles por destino o pertenencia no es sufi-

ciente para que el crédito pueda calificarse de refaccionario. Además, cuando la Ley hipotecaria hace referencia al crédito refaccionario lo asocia a la ejecución de una obra y no al suministro o venta de maquinaria industrial (arts. 42.8, 60, 61, 63, 64 y 92). Por tanto, aquel crédito que tenga un origen ajeno a una obra (como es por ejemplo el suministro de maquinaria industrial) no se puede calificar de refaccionario. (STS de 21 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Industrias Electromecánicas G.H.* suministró a la empresa *Boetticher y Navarro, S. A.*, maquinaria pesada para el desarrollo de su industria. *Industrias Electromecánicas* interpuso demanda contra *Boetticher y Navarro* y contra los interventores de su suspensión de pagos, en la que solicitaba que se declarase a la demandante titular de un crédito refaccionario o bien, si no se estimaba la anterior petición, que se declarase que era titular de un crédito privilegiado del artículo 1922.1 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Contra esta sentencia, la empresa demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. La empresa *Boetticher y Navarro* interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación. El TS estima el recurso al entender que el suministro de maquinaria pesada para el desarrollo de una industria, aunque es un bien inmueble por destino, no da lugar a un crédito refaccionario porque no está vinculado a ninguna obra. Por tanto, el TS considera que la parte demandante es titular de un crédito privilegiado del artículo 1922.1.º CC. (M. V. V.)

25. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Doctrina general.—En el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal contrato de *leasing*, como dice la S de 28 de noviembre de 1997, es una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial. Es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de 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 tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. 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 (S de 3 de febrero de 2000).

Preferencia de créditos. Fecha a tener en cuenta.—La preferencia del crédito no se deriva necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, ya que debe darse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva. Cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura, y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

Preferencia de créditos. Equiparación de las pólizas intervenidas por corredor de comercio o agente de cambio y bolsa a las escrituras públicas.—Respecto al apartado a) del artículo 1924.3.º indicado, las escrituras de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por corredor de comercio o agente de cambio y bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 CC, 93 CCO y 596 LEC. Ahora bien, la preferencia a que se refiere dicho apartado es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor (así SS de 4 de julio y 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991, 7 de abril de 1995 y 29 de abril de 2000, entre otras).

Preferencia de créditos. Distinción entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.—En la póliza de préstamo se considera que la cantidad exigible es, desde el momento de constitución de la póliza correspondiente, que es cuando se realiza, efectivamente, la transferencia dineraria, resultando ya deudor el prestatario, mientras que la póliza de crédito supone una concesión de unas posibilidades dinerarias con límite prefijado, de las que está disponiendo el cliente o deudor, de tal forma que únicamente se podrá exigir el descubierto a reintegrar cuando se haya practicado la correspondiente liquidación en la que se constaten exactamente las cantidades percibidas a cuenta de dicha póliza por parte del cliente, por lo que es, justamente, la fecha de liquidación del saldo la determinante de la cronología a efectos de la preferencia.

Preferencia de créditos. No equiparación de la póliza de contrato de arrendamiento financiero con la de préstamo.—Esta equiparación supondría afirmar que en el efecto trasferencial, el usuario recibe íntegramente una cantidad dineraria exactamente igual a la del prestatario en la póliza de préstamo y esta semejanza no es posible aceptarla.

Contrato de arrendamiento financiero. Función práctica en comparación con el contrato de préstamo.—El usuario lo que recibe es el uso de la cosa con la obligación de reintegrar el pago de las cuotas periódicas hasta el resarcimiento total del importe de la cosa cuyo uso le ha sido transferido, o sea, lo que caracteriza al *leasing*, en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica, que explica e integra su función económico-social o práctica, es la necesidad de un objeto y, además, según la DA 7.ª, apartado 1, de la

Ley 26/1988, su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica, porque precisa o desea dicha cosa y carece de soporte económico para adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose su facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el mecanismo de la opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver el *tantundem*, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante es recibir dinero, se financia la empresa, mientras que en el *leasing* se financia directamente la adquisición del objeto (S de 16 de mayo de 2000). (STS de 5 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Lico Leasing, S. A.*, celebró el 23 de marzo de 1989 dos contratos de arrendamiento financiero o *leasing* con *Pedro Jurado, S. A.* Ante el incumplimiento de ésta, la sociedad de *leasing* promovió un juicio ejecutivo y el 26 de febrero de 1991 practicó la liquidación de la deuda con intervención de un Corredor de Comercio. La sentencia de remate se dictó el 8 de enero de 1992. El 7 de junio de 1989, la *Caja de Ahorros de Córdoba (Cajasur)* había celebrado también con *Pedro Jurado, S. A.*, un contrato de cuenta corriente que se formalizó en una póliza. Ante el incumplimiento de la misma, *Cajasur* liquidó el saldo debido ante Corredor de Comercio el 10 de octubre de 1990 y promovió otro juicio ejecutivo el 1 de abril de 1991. La sentencia de remate recayó el 29 de junio de 1992. *Lico Leasing, S. A.*, interpuso una demanda en la que ejercitaba la tercería de mejor derecho en el juicio ejecutivo promovido por *Cajasur*. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Jaén reconoció la mejor condición del crédito de ésta y rechazó la tercería. La tercerista recurrió en apelación pero la sentencia recurrida fue confirmada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén el 25 de septiembre de 1995. *Lico Leasing, S. A.*, recurrió entonces en casación, donde insistió en la tesis de que su derecho era preferente al de *Cajasur* porque la fecha que debía de tenerse en cuenta a efectos de determinar la preferencia era la de formalización del contrato de *leasing*, que era anterior a la de otorgamiento de póliza de contrato de cuenta corriente de *Cajasur* con la sociedad deudora. El TS desestima el recurso y confirma la preferencia de la entidad de crédito frente a la de *leasing*. Según la sentencia extractada, lo determinante es que la tercerista liquidó la deuda ante Corredor de Comercio después de que lo hubiese hecho *Cajasur*.

NOTA.—La STS de 9 de noviembre de 1998 (ADC 2000-III, pp. 1257-1259) ya equiparó la póliza de *leasing* intervenida por Corredor de Comercio colegiado a la escritura pública a efectos del artículo 1924.3.º a) CC. Esto resta importancia a la argumentación de la sentencia aquí extractada sobre la imposibilidad de equiparar la póliza de *leasing* a la de préstamo, imposibilidad que el TS basa en la distinta función de uno y otro contrato y que parece discutible en la medida en que se atribuya también al primero una función de financiación (como hace, entre otros, Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 11.ª, Valencia, Tirant, 1998,

p. 379). Lo verdaderamente relevante parece haber sido, pues, que la póliza de *leasing* no había sido intervenida por Corredor de Comercio. (A. R. G.)

26. Novación extintiva y modificativa: diferencias.—El deslinde o separación entre la novación extintiva y la meramente modificativa o impropia debe hacerse tomando en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación. En todo caso, mientras el vínculo originario subsista y no se varíen las condiciones principales, existirá tan sólo novación modificativa o impropia (SSTS de 26 de mayo de 1981, 22 de noviembre de 1982 y 26 de julio de 1987, entre otras muchas).

Apreciación de la clase de novación: facultad de la instancia.—Entender si nos hallamos en presencia de una u otra clase de novación y de señalar si se dan los requisitos de una u otra, constituye facultad de la instancia (SSTS de 31 de mayo de 1994 y 10 de septiembre de 1997, entre otras).

Prueba de los daños y perjuicios.—Los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento (SSTS de 22 de julio de 1995 y 1 de abril de 1996, entre otras muchas). (STS de 23 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.— La parte actora compró a la demandada una finca por la que entregó a cuenta del precio diez millones de pesetas. En los dos meses siguientes al día del vencimiento del resto del pago aplazado, la vendedora (después demandada) otorga un poder a favor de la compradora (después demandante) autorizándola a vender la finca. En virtud de ese poder la compradora realiza dos ventas parciales de la finca. Con posterioridad la parte vendedora del primer contrato enajena la finca a un tercero. La parte actora presenta demanda reclamando que se condene alternativamente a la vendedora a: *a*) respetar el contrato suscrito (con la obligación de readquirir la finca enajenada u otra equivalente y transferirla a la actora) más indemnización de daños y perjuicios; o, *b*) la resolución del contrato con la condena del pago de los diez millones entregados más los intereses, así como la indemnización de daños y perjuicios sufridos en concepto de daño emergente y lucro cesante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y condena a los demandados a que reintegren a los demandantes la cantidad de diez millones de pesetas más los intereses y desestima el pago de otros perjuicios. El TS desestima los recursos interpuestos por los demandantes y los demandados. (C. O. M.)

27. Venta de inmueble por precio alzado y como cuerpo cierto. Interpretación del contrato. Disminución de cabida cuando ésta se ha expresado en el contrato.—Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato las dimensiones o la medida, pudiendo tener esta indicación dos significaciones bien distintas: primero, que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, en cuyo caso si después resulta que el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente, en más o en menos, hipótesis de la

venta de inmuebles por unidad de medida o número prevista y disciplinada por los artículos 1469 y 1470 CC; y segundo, que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1471 del propio cuerpo legal (S de 30 de septiembre de 1992). En todo caso, la ley presume que la determinación de las dimensiones del inmueble no ha tenido para las partes valor esencial siempre que falte la indicación del precio concreto por unidad de medida y que dicha determinación constituye «tan sólo una superabundancia de datos, que es una presunción de valor absoluto» (S de 25 de febrero de 1997, entre otras). (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 18 de enero de 1991, la entidad *María Asunción C. O.* vendió un solar a *Proaba S. A.* El contrato de compraventa expresaba la superficie edificable del solar, así como que la vendedora cedía a la compradora un proyecto de urbanización que preveía la construcción sobre el mismo de veintitrés viviendas y locales comerciales. Al comprobar que resultaba de menor cabida que la expresada en el proyecto, la compradora *Proaba S. A.*, interpuso demanda mediante la que reclamó a la vendedora *María Asunción C. O.* la entrega del solar con la superficie descrita en el mismo y, para el caso que el cumplimiento resultara imposible, indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la compradora y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M.^a B. S.*)

28. Plazo de caducidad de la acción *quantum minoris*: cómputo del plazo civil.—El plazo de caducidad de la acción *quantum minoris* objeto del actual proceso, está establecido legalmente en seis meses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1490 CC; y debe en el presente caso empezar a contarse a partir del 27 de julio de 1990, por lo que terminará el 27 de enero de 1991.

Pero teniendo en cuenta que el referido plazo es un plazo civil, que no puede confundirse con un plazo procesal, no hay lugar a dudas que a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CC, y al tratarse de un plazo fijado por meses, el referido plazo debe computarse de fecha a fecha y sin excluirse los días inhábiles.

Por lo que en el presente caso, la demanda iniciadora de la presente contienda judicial se tenía que haber presentado como último día el 27 de enero de 1991, y no el 28 como así se hizo, sin que quepa, por caer aquel en domingo, aplicar lo dispuesto en el artículo 185.2 LOPJ, o sea prorrogar el plazo de vencimiento al siguiente día hábil; pues ello sería confundir el concepto de plazo procesal con el de sustantivo, pues para éste no rige tal precepto, sino el artículo 5 CC, que no tiene en cuenta los días inhábiles para el procedente cómputo. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes —compradores de una vivienda— reclaman a la vendedora el saneamiento por los vicios ocultos —humedades— aparecidos en el piso. El Juzgado estima la excepción de falta de legitimación pasiva. La Audiencia, entrando en el fondo de la cuestión, absuelve a la demandada. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los compradores. (*R. G. S.*)

29. Compraventa de bienes inmuebles. Resolución por incumplimiento del comprador. Relación entre los artículos 1504 y 1124 CC.—Sobre la relación entre los artículos 1504 y 1124 CC, cabe destacar que: *a)* el artículo 1124, como precepto genérico, se refiere a todo tipo de contratos bilaterales, cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado, en su caso, podrá instar la resolución, aunque ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una «facultad resolutoria implícita en las recíprocas»; y *b)* el artículo 1504 CC, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles, y ante la clase de incumplimiento por impago del precio, sancionándose, entonces, que «aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho de resolución, el comprador podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido... y hecho el requerimiento del Juez no podrá concederle nuevo término». La doctrina de esta Sala ha declarado el carácter compatible y complementario de ambos preceptos, por lo que será indispensable que concurran los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del artículo 1124 para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 (SS de 5 de septiembre de 1990 y 22 de enero de 1991, entre otras). (STS de 26 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Juan Manuel S. J. vendió un local comercial a Ramón A. J. y Francisco A. J. con precio a plazos. No habiendo satisfecho uno de los plazos convenidos, el vendedor requirió su pago a los compradores por vía notarial pero los mismos no entregaron la cantidad debida en el plazo de diez días que aquél les concedió voluntariamente. El vendedor Juan Manuel S. J. demandó la resolución del contrato de compraventa y solicitó indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los compradores y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.— Aunque el TS invoca una vez más la doctrina sobre la relación entre los artículos 1504 y 1124 CC (véase, por ejemplo, Francisco Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. (Estudio Jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 23-56), esa sentencia merece comentario porque el Tribunal considera aplicable la norma general de resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos (art. 1124 CC), sin ejercer la facultad de señalar un plazo para cumplir que se halla prevista en el párrafo tercero de esa norma —lo mismo habían hecho las sentencias de instancia—. Sin embargo, más bien parece que hubiera debido aplicarse el régimen de resolución de la compraventa inmobiliaria previsto por el artículo 1504 CC; y en este caso, no habiéndose practicado requerimiento resolutorio judicial ni notarial —el vendedor únicamente había efectuado requerimiento de pago, se hubiera debido admitir el pago posterior de los compradores. (J. M.^a B. S.)

30. Contrato de leasing o arrendamiento financiero.—El contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* ha sido expuesto reiterada-

mente por doctrina y jurisprudencia. Así, la S de 28 de noviembre de 1997 dice: institución del derecho comercial importado 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 primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte se dice en el apartado octavo de dicha DA que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Doctrina que han seguido sentencias posteriores (como SS de 21 de noviembre y 2 de diciembre de 1998, 20 de noviembre de 1999 y 19 de enero de 2000).

Calificación de los contratos.—No sólo la interpretación, sino también la calificación del contrato es función que corresponde al Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a norma legal (así SS de 22 de febrero y 30 de mayo de 1997, 24 de febrero de 1998, 19 de junio de 1999 y 7 de febrero de 2000).

Contrato de *leasing* y contrato de compraventa de bien mueble a plazos.—En el presente caso la calificación del contrato como arrendamiento financiero o *leasing* es acertada. Ciertamente, hay sentencias que califican el contrato como de compraventa de bien mueble a plazos, pero, como dice la de 30 de julio de 1998, habrá que probar que medió un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos (así en el caso de la S de 29 de mayo de 1989; por el contrario, la de 7 de febrero de 2000 calificó el contrato de *leasing* rechazando la argumentación de la parte de que se trataba de compraventa a plazos).

Resolución del contrato de *leasing*.—La resolución por impago de cuotas fue contemplada por las SS de 31 de julio de 1996 y de 7 de febrero de 2000. Resolución, por cierto, que también se aplica al impago del precio de la compraventa. (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Urquijo Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* de un vehículo con don Pedro, don Victoriano y doña Blanca G. C. Al incumplir éstos su obligación de pagar las sumas de dinero pactadas, la sociedad de *leasing* declaró resuelto el contrato e interpuso demanda contra ellos para que le restituyesen el vehículo y le pagasen una indemnización de daños además de la pactada como pena convencional. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Segovia estimó la demanda pero los demandados recurrieron en apelación. Al ver que la Audiencia Provincial de Segovia confirmaba esta sentencia, los mismos recurrie-

ron en casación por un motivo de carácter puramente interpretativo, como es entender que se había vulnerado el artículo 1281 CC al haber calificado el contrato como *leasing* y no como compraventa a plazos de bien mueble. El TS rechaza el argumento y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—La cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* era posiblemente irrelevante en este caso concreto, puesto que había quedado probado el incumplimiento resolutorio de los demandados. Con todo, se afirma que esta sentencia defiende la asimilación del *leasing* al préstamo (M.^a Cristina Fernández Fernández, «El leasing frente al pacto comisorio», *RDM* 239, 2001, pp. 201-230, p. 212). (A. R. G.)

31. Responsabilidad decenal del arquitecto.—Las obligaciones del arquitecto superior son del siguiente tenor: 1) que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en la obra; 2) de que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto; 3) de que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (S de 23 de diciembre de 1999). Y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, «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, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales». La posición doctrinal reflejada en esta STS es mantenida, entre otras, en las de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989 y 10 de noviembre de 1994. (STS de 25 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—*Ruvigar, S. A., y Promociones Ostende, S. A.*, interpusieron demanda contra *Coopecons Cántabra*, doña María Isabel D. G. y don Juan José C. S. para reclamarles el pago de una cantidad de dinero por las obras que los primeros habían realizado en ciertas viviendas y garajes sitos en la Villa de Castro-Urdiales. Al parecer, estas edificaciones padecían vicios ruinógenos que habían propiciado que las mismas quedasen inundadas. Los demandantes atribuían este hecho a la participación de los demandados como constructora, arquitecto superior y aparejadora, respectivamente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Laredo estimó la demanda y condenó a los demandados a pagar como deudores solidarios la suma de dinero reclamada. Estos recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.^a, revocó en parte la sentencia de instancia excluyendo la responsabilidad del arquitecto en cuanto a los vicios de los garajes. Los demandantes, disconformes con este fallo, recurrieron en casación. El TS estima el recurso dado que, según señalaba ya la sentencia de instancia, el arquitecto debe comprobar

que la obra se construye de conformidad con el proyecto o, en caso contrario, renunciar a continuarla. (A. R. G.)

32. Contrato de arrendamiento de obra. Acción directa del artículo 1597 CC. Doctrina general.—La existencia de deuda del dueño de la obra (legitimado pasivo de la acción del art. 1597 CC) respecto del contratista (deudor principal), así como los condicionantes del vencimiento y la exigibilidad, constituyen *quaestio facti*. No es de ver qué perjuicio se puede producir en las relaciones contractuales del dueño de la obra con el contratista, si se tiene en cuenta que el límite objetivo de la acción que se enjuicia lo constituye la cantidad que el primero adeuda al segundo en el momento de la reclamación de los trabajadores o suministradores de materiales.

Solidaridad.—La doctrina jurisprudencial viene declarando (SS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 22 de diciembre de 1999 y 6 de junio de 2000) que la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del artículo 1597 CC es solidaria. La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC.

Relación del artículo 1597 CC con el artículo 1257 CC.—No cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 CC, porque la norma del artículo 1597 constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala (SS de 29 de abril de 1991, 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000). (STS de 27 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A.*, era promotora de determinadas obras y deudora de la empresa constructora de las mismas, *Ibérica de Construcciones y Estructuras, S. A.* A su vez, ésta lo era de *Hermanos García Santiago, S. A.*, por determinados suministros e instalaciones realizados por esta última en las mismas obras. Para cobrar su deuda, *Hermanos García Santiago, S. A.*, interpuso demanda en la que reclamaba el pago a la empresa constructora como deudor principal y a la promotora en virtud de la llamada acción directa del artículo 1597 CC. El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Madrid estimó la demanda y su fallo fue confirmado por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Contra la sentencia de esta última, la *Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A.*, interpuso recurso de casación en el que alegaba que se había producido una infracción del principio de relatividad de los contratos, por condenarle a pagar una cantidad a una empresa que no había contratado directamente con ella. El TS subraya la deficiente fundamentación del recurso y lo desestima por las razones expuestas más arriba. (A. R. G.)

33. Contrato de arrendamiento de servicios médicos: incumplimiento del deber de información: responsabilidad del otorrinolaringólogo por secuela de sordera total.—El deber de información es de cargo directo

y personal del facultativo que va a realizar la intervención, pues éste debe conocer la trascendencia y alcance de la misma, detallando las técnicas disponibles, que, en el presente caso eran dos, la *estapedectomía*, que fue la utilizada, y la *estapedotomía*, no empleada, y si bien ambas resultan aptas y convenientes, la primera presenta porcentaje doble de complicaciones respecto de la segunda; no se transmitió información previa y, en todo caso, sería insuficiente sobre las alternativas, privándose al recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e, incluso, de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia quirúrgica, pues los informes periciales resultan contundentes en cuanto precisan que si la operación no se hubiera efectuado, la hipoacusia hubiera empeorado, pero no ocasionaría la sordera, consecuencia inmediata de la operación, la que aparecería transcurrido unos veinte años, tiempo que le facilitaría desempeñar su cometido profesional de alto empleado bancario, en el que hubo de cesar después de la operación por acuerdo con el Banco C. T. en el que prestaba sus servicios.

Incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.—En el presente caso la relación médico-enfermo se presenta más bien como propiamente contractual al haber tenido lugar la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida en el ámbito de la necesidad de actuar conforme a la buena fe, lo que exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento conforme a los artículos 18 y 22 del Código de Deontología Médica, 7.1, 1107 y 1258 CC, 43 y 51.1.º y 2.º CE, 2.1.d) y 13 de la Ley de 1984. (STS de 26 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 52 de Madrid, como la de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimaron íntegramente la demanda y la alzada. El TS estima el recurso (Pte.: Villagómez Rodil), si bien reduce a la mitad la cuantía de la indemnización reclamada (desde setenta a treinta y cinco millones de pesetas como consecuencia de la sordera total del oído izquierdo). Ausente todo aspecto juspublicista, la sentencia enmarca los hechos dentro de un contrato civil de arrendamiento de servicios médicos en el que se incumple básicamente el deber de información, a cargo del facultativo, que acertadamente se integra en la *lex artis ad hoc*. La operación no era absolutamente imprescindible (la hipoacusia que padecía, de no ser operada, progresaría lentamente), y la decisión para no acceder a ella se vio dificultada por el incumplimiento de aquel deber. No se dan razones justificativas para reducir la indemnización a la mitad de la cuantía solicitada, aunque el monto sigue siendo importante. (G. G. C.)

34. Préstamos usurarios. Libertad de apreciación por los Tribunales: alcance.—El artículo 2 de la Ley «Azcarate», de 23 de julio de 1908, contra la usura, da una libertad de apreciación a los órganos judiciales tan absoluta en esta materia, que los juzgadores pueden formar su convicción sin prueba alguna, aunque no se impide que se tenga en cuenta el material probatorio obrante en el pleito. El uso de la especialísima facultad discrecional para resolver estas cuestiones alcanza también al TS, por lo que, para que el recur-

so de casación no se convierta en una tercera instancia, procedería aceptar los hechos fundamentales de la sentencia recurrida y en tanto no se encuentren en manifiesta disconformidad con las resultancias demostradas. No obstante, el TS no puede hacer dejación de las facultades que el legislador le atribuye, de definir lo que en cada caso concreto consiste en un interés superior al dinero o manifiestamente desproporcionado (cfr. SSTS de 26 de abril de 1989, 30 de septiembre de 1991 y 14 de septiembre de 1992, entre otras).

Calificación de interés notablemente superior al normal del dinero.—La STS de 10 de diciembre de 1992 dice que no merece la calificación de interés notablemente superior al normal del dinero el fijado en 20 por 100; la STS de 6 de noviembre de 1992 llega a la misma conclusión respecto al interés del 22 por 100; la de 22 de septiembre de 1992 se refiere al interés del 18 por 100 y la de 18 de febrero de 1991 al 19,50 por 100. (STS de 10 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de un contrato de préstamo dinerario suscrito entre la entidad mercantil actora (prestataria) y las dos compañías demandadas (prestamistas), se instrumentaron una serie de letras de cambio que fueron aceptadas, así como, dos opciones de compra concedidas por la actora a favor de una de las demandadas. Quedó acreditado que los intereses referidos al impago de las cambiales ascendieron a un tipo alrededor del 19 por 100. La petición de la actora, que consistía en la declaración de nulidad del contrato de préstamo por estar ínsito en la Ley sobre represión de la usura y en la declaración de nulidad por simulación absoluta de las escrituras de opción de compra, no prosperó en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I. D. L.)

35. Inexigibilidad de una deuda derivada de un juego ilícito.—El ordenamiento no tolera aquellos juegos de azar desarrollados fuera de los lugares autorizados para ello, de modo que no concede ninguna acción para reclamar la cantidad ganada. Esto supone que en una deuda que deriva de un juego prohibido, el hecho que el deudor no la pague no significa que actúe contra su anterior conducta y, por tanto, que infrinja la doctrina de los actos propios. La existencia de un contrato en el que el deudor se comprometa al pago de la deuda derivada de juego no convalida la inexigibilidad de la obligación derivada de juego prohibido. (STS de 8 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José R. y don Alejandro R. celebraron una partida de bacarrá en un lugar no autorizado. Como resultado de esta partida, que perdió don Alejandro R, los dos hombres celebraron un contrato de dación en pago de las deudas de juego, en virtud del cual don Alejandro R debía entregar a don José R. unos solares y una suma de dinero. Don José R. interpuso demanda contra don Alejandro R. en la que reclamaba que se condenase al demandado a otorgar la escritura pública de aquellos solares así como entregar la cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Jaén, que desestimó el recurso. La parte actora interpuso recurso de casación ante el TS. El TS declara no ha lugar el recurso porque

el ganador de un juego prohibido no tiene acción para reclamar lo ganado. (M. V. V.)

36. Culpa extracontractual: muerte de trabajador al caer de un andamio: competencia civil: evolución jurisprudencial.—La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS es la que debe invocarse en el recurso de casación civil, cuando se trata de un proceso cuya demanda rectora se funda en el artículo 1902 CC; dicha jurisprudencia ha mantenido la competencia del orden jurisdiccional civil sobre la base de la compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles, con la excepción representada por las SSTs de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 20 de marzo de 1998, todas de la Sala 1.^a, a las que se agregan las de la Sala de lo Social del TS, y el Auto de la Sala de Conflictos de 4 abril 1994. La doctrina tradicional se ha mantenido, sin confirmar el mencionado giro jurisprudencial, en SSTs de 21 de marzo y 19 de mayo de 1997, 13 de julio, 13 de octubre, 18, 24 y 30 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, siempre que, como en este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC. (STS de 7 de julio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta mayoritaria la jurisprudencia de la Sala 1.^a, que sigue declarando su propia competencia cuando se reclama indemnización en accidente laboral con invocación del artículo 1902 CC y no con base en el incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, pareciendo que se ha cerrado el paréntesis representado por las tres sentencias que se citan. No es posible predecir si tal jurisprudencia se mantendrá, o si intervendrá nuevamente el legislador; no deja de advertirse cierta artificiosidad en la argumentación básica de la Sala 1.^a (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: responsabilidad de Cooperativa que contrata a técnico.—El técnico contratado por la Cooperativa lo fue para la realización del proyecto y la dirección de obra, asumiendo la Cooperativa comitente la ejecución material de la obra con los operarios, entre ellos el fallecido, incorporados a su plantilla; la sentencia recurrida funda la responsabilidad de la recurrente, no sólo en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, sino, y esto es más trascendente, en «encomendar la ejecución material de obras de envergadura, complicadas y dificultosas, hasta el punto de precisar de un proyecto redactado por ingeniero superior, y de dirección técnica del mismo, y peligrosas, a un grupo de albañiles (dos peones y tres oficiales) sin poner al frente de los mismos a un encargado de obras o un capataz, lo que constituye una patente negligencia.

Solidaridad impropia: interrupción de la prescripción.—Según se reitera en STS de 3 de diciembre de 1998, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada *solidaridad impropia*, por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual, cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; ello se traduce en que la interrupción de la prescripción por parte de alguno aprovecha por igual a todos los acreedores y deudores, según estable-

ce el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia; los telegramas a través de los cuales se formularon las correspondientes reclamaciones interruptoras de la prescripción, los dirige la madre en nombre de sus cuatro hijos, lo que implica la existencia de una mandato, siquiera verbal, de los hijos mayores a favor de su madre, mandato ratificado con la demanda inicial de estos autos.

Inexistencia de concurrencia de culpas.—Para apreciar la concurrencia de culpas es necesario que resulte probada la existencia de una acción u omisión imputable a la víctima que pueda ser calificada de culposa o negligente, que interfiriendo en el curso causal de los hechos, lo anule en el primer caso, o sin anularlo en el segundo, contribuya a la producción del resultado dañoso; pero declarado probado por la sentencia recurrida que no existieron instrucciones verbales acerca del modo de realizar el trabajo, que hubieran sido desatendidas por el fallecido, y no estando probada otra conducta negligente o culposa del imputable, decae el recurso.

Intereses moratorios: carácter ilíquido de la indemnización por muerte.—Conforme a las SSTS de 20 de junio de 1994 y 19 de abril de 1999, no puede estimarse como líquida la cantidad a que se contrae la conducta pronunciada sino desde la fecha de la sentencia, pues tratándose de indemnizar los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de una persona, y dada la facultad privativa del juzgador de instancia para fijar el *quantum* indemnizatorio, es claro que la liquidación del daño producido sólo se produce con la sentencia condenatoria, y ello aunque la cantidad señalada en el fallo coincida con la pedida en la demanda, cuantía ésta que no vincula al juzgador sino en cuanto no puede conceder más de lo pedido. (STS de 15 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La demanda se interpone el 25 de septiembre de 1991, y en ninguna de las instancias se hace valer la excepción de incompetencia jurisdiccional (que, no obstante, es de orden público). La muerte del obrero se produce al desmoronarse la pared de una zanja, no entibada, de cuatro metros de profundidad y un metro aproximado de anchura. El monto de la indemnización solicitada, de dieciocho millones de pesetas, ha sido aceptado en todas las instancias, con la única salvedad del comienzo del devengo de intereses moratorios, que el TS fija acertadamente en la fecha de la sentencia de primera instancia. La argumentación ha girado siempre en torno a los artículos 1902 CC y concordantes, cumpliendo así la doctrina jurisprudencial mayoritaria, según STS de 7 de julio de 2000, publicada en este ADC. (G. G. C.)

38. Unidad de la culpa: muerte de arrendatario por electrocución al tocar frigorífico de casa arrendada.—Por pacífica que haya sido en el proceso la calificación de la responsabilidad como extracontractual, no puede soslayarse que el resultado dañoso tiene por causa el incumplimiento de las obligaciones de entrega de cosa idónea y de conservación correcta de la misma, que se imponen a la parte arrendadora con base en los artículos 1101 y 1564 CC. Pero ello no es óbice al mantenimiento de las sentencias de instancia porque esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones, contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y a la misma realidad, aunque tienen diversa regulación positiva; las SSTS de 28 de junio de 1997, 2 y 10 de noviembre y 30 de diciembre de 1999, mantienen decidi-

damente que en atención a la llamada *unidad de la culpa*, cuando un hecho dañoso constituye violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidad y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente; por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala que el cambio de calificación o de fundamento jurídico, que no altere el resultado de la acción, no da lugar a la casación.

Concurrencia de culpas.—La conducta omisiva de los arrendadores fue la causa de que se produjera el suceso, al cual coadyuvó la conducta del propio fallecido, por lo cual la indemnización de treinta millones de pesetas se redujo a algo más de ocho millones.

Acto de conciliación: interrupción de la prescripción extintiva.—Es doctrina de esta Sala que la acción procesal, en cuanto ejercicio del derecho ante un órgano jurisdiccional, como interruptor de la prescripción extintiva, se produce por acto de conciliación, aunque no se fije en la misma la reclamación dineraria, siempre que se recoja la fundamentación fáctica o jurídica; lo cual responde a la filosofía de la prescripción, tanto si se entiende que responde al abandono del derecho —fundamento subjetivo—, como a la seguridad jurídica general —fundamento objetivo—, y, en todo caso, coincide con su mismo concepto que se integra por los presupuestos de inactividad del derecho y transcurso del tiempo, y no se puede pensar en el primero a la vista del acto de conciliación del presente caso. (ST^S de 7 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la unidad de la culpa es reiterada desde antiguo, y aquí la sentencia se limita a recordarla. La conducta culposa de la víctima que concurre en la producción del hecho luctuoso, parece que ha de ser de notable entidad (se solicitó la suma de treinta millones en la demanda, el Juzgado de Primera Instancia concedió alrededor de dos millones y medio de pesetas, y la Audiencia Provincial la elevó a algo más de ocho millones), si bien en la sentencia no hay datos sobre los hechos constitutivos de la misma. La novedad de esta sentencia radica en el criterio amplio con que concibe la conciliación como acto interruptivo de la prescripción extintiva, coherente con el disfavor con que se trata esta última (Pte.: Sr. O'Callaghan Muñoz). (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte por explosión de extintor de incendios en realización de prácticas: actitud culposa de la empresa responsable del curso de protección contra incendios.—La víctima era jefe de máquinas de *Isleña de Navegación S. A.*, con alto grado de formación técnica, y asistía como alumno al «Curso de protección contra incendios y supervivencia en la mar», de primer nivel, que impartía la empresa *Lainsa*, empleándose en las prácticas extintores portátiles de polvo, revisados dos años antes; la víctima fue el primer alumno en recibir las enseñanzas, y después de realizar un disparo de prueba, cogió y cargó con el extintor, de peso aproximado de dieciséis kilos, en cuyo momento saltó el sistema de tapa del gas impulsor, ocasionándole la muerte por traumatismo cervical; las condiciones de seguridad del extintor no eran las de inocuidad debidas, pues si en la primera manipulación nada ocurrió, la explosión subsiguiente no se ha derivado del solo y obligado hecho de cargar el extintor por el alumno, a quien nadie ha imputa-

do un hacer defectuoso, mientras que no puede entenderse eficazmente cumplido por la empresa *Lainsa* su deber de vigilancia y comprobación del estado de mantenimiento de todos y cada uno de los elementos que proporcionaba en su actividad docente; en consecuencia, la actitud de la empresa, no vigilante ni revisora ha sido la única causante del resultado, que obliga a estimar la pretensión actora, que trae consigo la pretensión reparatoria cuya medida ha de determinarse, según se pide en función de los datos establecidos en el suplico (ingresos que por su trabajo aportaba el fallecido, situación familiar, daño moral que su muerte acarrea y circunstancias de la víctima y perjudicados en su nivel de pensionistas por viudedad y orfandad) que ha de fijarse en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en la medida que corresponda, según indican SSTS de 18 julio y 19 de octubre de 1996. (STS de 13 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Vázquez Sandes) por ser contrarias las sentencias recaídas en instancia y por el fino análisis de los hechos en que se basan aquellas sentencias absolutorias. En efecto, parece que la inicial sentencia penal absolutoria ha servido de apoyo fáctico casi exclusivo a las sentencias absolutorias civiles, frente a lo cual se arguye que *estos discursos resolutivos no se ajustan a las exigencias mínimas de razonamiento que viene exigiendo la jurisprudencia*; acto seguido, en el 2.º FD se realiza ejemplarmente una revisión de los hechos que indebidamente se dan por probados en el proceso civil. Una conclusión se impone: quienes con cierta ligereza se lanzan a organizar cursillos, *masters*, estudios propios o enseñanzas de cualquier tipo, deben cuidar las medidas de seguridad a su cargo, para no incurrir en responsabilidad, tanto contractual como extracontractualmente. En el presente caso una persona altamente cualificada en razón a su profesión, acude a un cursillo de especialización (probablemente de elevado precio) y encuentra la muerte por negligencia de la empresa responsable de aquél. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte por derrumbe de tapia: no hay responsabilidad de los dueños del terreno circundado: encargo a empresa autónoma.—Es doctrina reiterada (SSTS de 4 de enero de 1982, 9 de julio de 1984, 27 de noviembre de 1993, 4 de abril de 1997 y 11 de junio de 1998) que cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relación de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección.

Inaplicación del artículo 1907 CC.—La sentencia recurrida declara que la caída de la tapia vino motivada por deficiencias en la ejecución de la misma, y que ésta no presentaba un estado que permitiese a un profano apreciar esas deficiencias, siendo inaplicable el artículo 1907 CC que viene referido al supuesto de que se produzca la ruina de un edificio —entendido en sentido amplio, comprensivo de cualquier género de construcción— única y

exclusivamente como consecuencia de la falta de las reparaciones necesarias por parte de su propietario, pero no cuando tal caída o ruina sea debida a la intervención o interferencia de un tercero que, con su extraña conducta, la produzca, como dice la STS de 9 de marzo de 1998.

Identidad del constructor de la tapia: presunciones.—No puede calificarse de ilógica o contrario a las reglas del criterio humano la conclusión a que llega la Sala de instancia al considerar al ahora recurrente como constructor de la tapia por encargo de los propietarios del solar, siendo de destacar la deslealtad procesal en que ha incurrido este último, al tratar de ocultar la titularidad de la empresa constructora.

Fuerza mayor inexistente: responsabilidad del constructor.—Si bien está probado que en el día y hora en que se produjo la caída de la tapia se produjeron fuertes vientos, igualmente resulta acreditado que la caída del muro fue debida a su defectuosa ejecución, al no haberse construido de forma correcta, lo que hubiera permitido resistir el empuje de los vientos de fuerza superior a los habidos en el momento de ocurrir los hechos; la circunstancia de que tales vientos fueran infrecuentes no implica que sus efectos sobre las construcciones sean inevitables, adoptando las normas de una buena construcción, que en el caso no fueron observadas. (STS de 29 de septiembre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: muerte de obrero portuario por atropello de máquina de grandes dimensiones.—El artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 CC) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa; en las dos últimas décadas esta Sala ha mantenido que la persona que causa el daño, lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber sido una y otra, no habría causado —nexo causal— el daño, y, asimismo, ha tomado en consideración, cada vez más, de la omisión como causa del daño y se ha referido reiteradamente a la negligencia omisiva; el caso de autos acredita un sistema de actuación y un sistema de organización que no evita el atropello y muerte de un ser humano y éste es la imputación causal y el reproche culpabilístico que se hace a la empresa code mandada.

Responsabilidad de la empresa: artículo 1903, párr. 4.º, CC.—La obligación de reparar el daño producido por un empleado o dependiente en el ejercicio de su trabajo, es una responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*; lleva consigo la obligación de reparar el daño, prescindiendo de la culpabilidad del autor material del mismo.

Falta de responsabilidad del autor material de la muerte.—La declaración de hechos probados relativos a la actuación de este codemandado, conductor de la máquina, impide totalmente cualquier clase de reproche culpabilístico al mismo; en todo caso, no le resultaría aplicable el artículo 1902 sino el 1092 CC. (STS de 9 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—A diferencia de otras sentencias (por ej. la de 29 de junio de 2000, publicada en este número del *ADC*, relativa a la muerte de una niña en actividades extraescolares) la aquí anotada se caracteriza por su parquedad fáctica, que lleva a una extremada con-

cisión en su redacción lo que impide conocer los hechos básicos. Parece que en el puerto de Valencia un obrero portuario es atropellado mortalmente al circular una máquina de grandes dimensiones. El Juzgado de Primera Instancia condena a la empresa propietaria de la máquina y a la Compañía aseguradora, al pago de veinticinco millones a los herederos del accidentado, absolviendo al conductor; la Audiencia Provincial, al conocer de la alzada, absolvió a todos los demandados, pero el TS estima el recurso y confirma la de primera instancia. Surgen algunas dudas: ¿accidente de tráfico o laboral? No hay pronunciamiento al respecto ni dato alguno en los autos, de modo que la argumentación gira exclusivamente en torno a preceptos del Código civil; si la máquina está habilitada para circular y el interior del puerto se considera vía pública, parece que estaríamos en el primer supuesto. Los escasos datos fácticos permitirían contemplar un caso de responsabilidad por riesgo, respecto de la cual hay abundante doctrina jurisprudencial, pareciendo por ello menos necesaria formular la que parece novedosa y se extracta en primer término, y que, sin embargo está en contradicción con otras declaraciones jurisprudenciales de este mismo año (por ej. STS de 30 de junio de 2000, en la que viene a diferenciarse tajantemente la relación de causalidad y la culpabilidad del sujeto agente, con prueba igualmente diferenciada). (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte de niña de cuatro años en actividades extraescolares ocurrida en 1990.—El accidente ocurre el 12 de noviembre de 1990 con ocasión de una salida educativa al campo, regulada como actividad complementaria, aprobada por el Consejo Escolar del Centro; tres profesores del mismo se encargaron de cincuenta y siete niños con edades comprendidas entre los tres y los cinco años, siguiendo una ruta conocida de años anteriores y que no planteaba, en principio, riesgos para los niños; a las cuatro de la tarde una niña del grupo dijo a una profesora que la niña Melania se había caído a un pozo, sin que antes ninguno de los tres profesores se apercibiesen de la separación del grupo de aquellas niñas, y que la primera se precipitó en el interior de un pozo, e, incluso no se habían dado cuenta de la proximidad del mismo al camino, fácilmente visible por sus signos externos a siete metros de distancia del margen del camino; ha quedado reflejada la actuación ejemplar de los profesores en el control de los menores después del accidente, e, incluso, heroica por parte de uno de ellos en el rescate de la menor caída al pozo, que permitió sacarla con vida aunque no pudieron impedir que falleciese días después por causa de las lesiones sufridas.

Competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio: responsabilidad del Centro y del Ministerio.—Según jurisprudencia constante (últimamente STS de 10 de abril de 2000), procede en este caso establecer la responsabilidad directa del Ministerio de E. y C. por aplicación del artículo 1903 CC, puesto que los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que ello se altere por la práctica de una actividad complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar, siendo el Colegio Público, a través de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los tres profesores mencionados, que debía ser más

exquisito sobre niños de tan corta edad; la más correcta interpretación del apartado 5.º del artículo 1903 CC, aplicable al hecho, determina que el Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio. La competencia de la jurisdicción civil, antes del cambio del panorama competencial operado por las Leyes de 1992 y 1998, venía determinado tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por los artículos 40 y 41 LRJAE de 1957, vigente en la fecha de producción del accidente, todo lo cual es ratificado por esta Sala, añadiendo que, ante el giro legislativo producido, por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo, pues su quiebra perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva.

Acumulación de acciones contra la compañía aseguradora.—Sin perjuicio de que las acciones acumuladas tienen distintos títulos y distintas causas de pedir, ello es inoperante al provenir ambas del mismo hecho causante, el fallecimiento de la niña en actividades extraescolares, del que se deriva la responsabilidad del Ministerio de E. y C., en relación con la diligencia desplegada por sus organismos docentes, mientras que la de la compañía aseguradora deriva de la asunción del riesgo al producirse el siniestro, por lo cual por elemental coherencia procede su acumulación.

Culpa levísima de los profesores acompañantes.—El grupo de cincuenta y siete alumnos parece excesivamente numeroso en la relación número de alumnos/profesor, que hace pensar en una falta de diligencia previsor, imputable tanto a los profesores que realizaron la actividad, como a la dirección, e, incluso, al Consejo Escolar que la aprobó; pero la ausencia de riesgos en una ruta ya conocida, y la circunstancia de que los profesores no solicitaron colaboración de los padres, como en otras ocasiones se había llevado a cabo, permite exculpar a la Dirección; todo ello sin perjuicio de la calidad humana y profesional evidenciada tras producirse tal aciago hecho. (STS de 29 de junio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Se aplica aquí la ya conocida doctrina de la Sala 1.ª que recaba para sí la competencia en los casos de derecho transitorio, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992, que, según esta última, sería competencia de la Sala 3.ª del TS. El Abogado del Estado puso cuestión de competencia por declinatoria, que fue desestimada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, condenando a los tres profesores intervinientes en la actividad, al Ministerio de E. y C. y a la aseguradora, absolviendo a la directora del Centro y reduciendo a la mitad el *quantum* de la indemnización (de veinte a diez millones). La negligencia, aunque sea levísima de los profesores salta a la vista, pues, matemáticamente, cada uno de ellos debía cuidarse de diecinueve niños de corta edad a lo largo de una marcha a través del campo. La absolución de la directora resulta menos convincente: ¿estaba, o no, facultada para imponer un cuarto profesor acompañante? ¿Podría impedir la actividad extraescolar en cuestión, de no cumplirse una hipotética orden-recomendación suya? ¿Podría ras- trearse, en el presente caso, una posible concurrencia de culpas ya que en el Consejo Escolar tienen voz y voto un 25 por 100 de

padres, que no parece objetaron ni se opusieron a la actividad, aunque no consta que perteneciera al mismo los padres reclamantes? Demasiadas preguntas sin respuesta en casos, demasiado frecuentes, en que la responsabilidad corre el riesgo de diluirse en órganos de composición plural y numerosa. (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de menor de siete años por causas no aclaradas: competencia de la jurisdicción civil cuando se demanda a los facultativos intervinientes.—La jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo con reiteración, jurisdicción a los órganos judiciales del orden civil para el conocimiento de los litigios relativos a la responsabilidad médica cuando han sido demandados conjuntamente los servicios estatales de la Seguridad Social, o las instituciones equivalentes de las CCAA a las que se han transferido competencias en esta materia, y los médicos que prestan sus servicios en los centros sanitarios dependientes en aquellos organismos; en supuesto idéntico, por razones temporales al actual, así lo declara la STS de 7 de marzo de 2000, cuyo FJ 3.º se da aquí por reproducido.

Interrupción de la prescripción extintiva: acción penal contra uno de los codemandados: solidaridad impropia.—La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada «solidaridad impropia», por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos del artículo 1902 y ss. CC, cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas de responsabilidad en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia; así que interrumpida la prescripción por el ejercicio de acción penal contra uno de los médicos codemandados, ha de declararse la pervivencia de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente a todos los codemandados.

Principio culpabilista de la responsabilidad civil médica.—Según STS de 10 de noviembre de 1997 «para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia de un tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de medios y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación».

Inexistencia de culpa en el pediatra de guardia, y en el médico que prescribe suero glucosado.—Respecto del pediatra de guardia no hay datos en las actuaciones que permitan apreciar una conducta negligente en las dos ocasiones en que intervino acerca del menor fallecido; en el momento de la llegada de éste al centro hospitalario adoptó todas las medidas procedentes en estos casos, y no supone error médico alguno al no atribuir el nivel de glucosa en sangre al menor, superior al normal, a que éste fuese diabético, teniendo

en cuenta que no existían antecedentes de que lo fuera y que ese aumento podía deberse a otras causas, como la situación de estrés en que se encontraba el menor; tampoco se aprecia negligencia por su actuación en el momento en que fue llamado para asistir al enfermo que se hallaba bajo un fuerte shock, adoptando las medidas adecuadas, en unión de la anestesista que estaba presente, para tratar de sacar al menor de esa situación, sin que el hecho de que su intervención no tuviese el éxito deseado arguya que actuase negligentemente. Tampoco puede apreciarse una conducta médica negligente en el doctor que, de conformidad con los cirujanos que intervinieron al menor, prescribe alimentación parental con sueros glucosados, ordenando análisis completo y control de glucocemia, glucosuria y cetonuria mediante tiras reactivas, prescripciones que en modo alguno se acreditan contrarias a una práctica médica correcta, atendido que el niño enfermo había sido mantenido, desde la intervención quirúrgica, con dieta absoluta e hidratación parental, habiéndose mantenido vigilancia y control de hiperglucemia y cetonuria, no existiendo antecedentes que permitiesen apreciar que el niño padecía diabetes.

Indefinición de la causa de la muerte: enfermo de diabetes no declarada: no hay relación de causalidad.—Ante la indefinición de la causa de la muerte, que un médico forense atribuye a la diabetes, aunque admite que la sintomatología puede darse en procesos ajenos al coma diabético, y un catedrático de pediatría que afirma que el niño no murió como consecuencia de una diabetes, y que los aportes de suero glucosado, junto otros nutrientes, no fueron responsables de la muerte, no permiten establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados, que tampoco puede calificarse de culposa o negligencia, aun admitiendo que la causa de la muerte fuera la afirmada por el forense. (STS de 23 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Extraña singladura procesal del presente recurso interpuesto por la parte actora (madre del niño de siete años fallecido en un Hospital Comarcal del Servicio Andaluz de la Salud) que, si bien resulta estimado, en realidad lo es para desestimar su pretensión indemnizatoria. El niño es ingresado el 15 de junio de 1988 aquejado de dolores abdominales en un Hospital Comarcal del SAS, siendo intervenido al día siguiente; las tasas de glucemia apreciadas con tiras reactivas resultan elevadas; el día 20, mantenido el enfermo con dieta absoluta, se le prescribe alimentación parental mediante sueros glucosados; el día 21 el niño entra en shock agudo falleciendo a las ocho horas. Practicado inmediatamente un análisis *post-mortem* de sangre, arroja elevadísima cifra de glucosa.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozoblanco, como la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba se declaran incompetentes por falta de jurisdicción. La Sala 1.ª del TS estima el recurso y afirma la competencia de la jurisdicción civil, pero entrando en el fondo, absuelve a los médicos y al Servicio Andaluz de la Salud; por su parte el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros formula Voto particular, proponiendo la desestimación del recurso, dado que aunque la muerte del niño ocurre en 1988 (la sentencia por error dice 1998) y podía parecer aplicable la ley de 1992, sin embargo, a su juicio, la competencia era ya del orden contencioso-administrativo.

En relación con la competencia civil de estas situaciones, que he calificado de *transitorias* por ocurrir los hechos antes de entrar en vigor la Ley de 1992, parece mayoritario el parecer de la Sala 1.^a del TS para atraerla a sí (v. STS de 20 de julio de 2000, en este mismo *ADC*). En cuanto al fondo, el tema básico es determinar si el hecho de no detectar la enfermedad de la diabetes en el menor intervenido forma parte de la *lex artis ad hoc*, cuya omisión origina la *culpa virtual* de los médicos y del SAS, solución a la que me inclino. Utilizar como argumento decisivo para negar la relación de causalidad, la indefinición de la causa de muerte por los peritos, me parece eludir la obligación de valorar libremente dicha prueba. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: graves secuelas de tratamiento anestesiológico.—La sentencia recurrida declara probado que concurrió efectiva omisión sanitaria en el tratamiento anestesiológico, ya que se produjo acceso epidural, generador de las graves secuelas que afectaron al enfermo, por consecuencia de falta de diligencia y previsión, dado que no se practicaron en ningún momento cultivos ni análisis para descartar la presencia de gérmenes en la sangre al tiempo de someter al paciente a las anestésicas que se le practicaron, así como tampoco se adoptaron las medidas de asepsia convenientes, pues tenía implantado un catéter tipo permeable; y ambas omisiones, no acomodadas a la *lex artis ad hoc* bien por sí, o concurriendo juntas, son determinativas en la práctica médica de la causación del acceso epidural sufrido.

Responsabilidad del INSALUD: culpa virtual médica.—La resultancia práctica declarada probada es base suficiente para decretar negligencia en el funcionamiento de los servicios médicos del INSALUD que atendieron al actor, y autoriza el reproche culpabilístico, por darse evidente falta de diligencia intensa y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios, ya que de haber observado una actuación médica normal, el resultado de salud negativo no se presenta lógicamente compatible, y, al contrario, cuando surge la anomalía es bien indicativa de que el tratamiento adoleció de fallos, lo que ha llevado a la doctrina anglosajona y francesa a la elaboración de la culpa virtual médica.

Responsabilidad directa aunque no se demande a los médicos.—La doctrina de esta Sala se ha pronunciado en decretar la responsabilidad del INSALUD aunque no se hubiese demandado al personal sanitario que hubiera desarrollado alguna actividad médica en la procura de lograr la salud del enfermo, pues su responsabilidad resulta directa (SSTS 30 de julio de 1991, 6, 11 y 15 de marzo de 1995, 11 de marzo y 14 de julio de 1996, y 16 de diciembre de 1998, entre otras), incurriendo en la responsabilidad del artículo 1903.4.º, en relación al artículo 1902, ambos del CC. Además la historia clínica que la sentencia recoge, pone de manifiesto que el enfermo fue objeto de plurales asistencias, tanto en la *Residencia Nuestra Señora de Alarcón* de Ciudad Real, en la clínica *La Luz* y en el *Hospital 12 Octubre* de Madrid, todas ellas del INSALUD.

Nexo causal.—La sentencia sienta el origen del deterioro en su salud que afectó al enfermo, por consecuencia de la negligencia sanitaria en que incurrió el INSALUD en la prestación de medios y adopción de medidas sanitarias que se imponían como necesarias; es decir, concurre actuar culposo, omi-

sión precisada y resultado negativo dañoso corporal, lo que evidencia la presencia de nexo causal suficiente y eficiente para poder decretar las responsabilidades que se postulan en la demanda.

Inexistencia de caso fortuito y fuerza mayor.—Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad, en cuanto a no haber aportado los medios y previsiones que la ciencia médica facilitaba para evitar el empeoramiento del paciente en este caso. Tampoco se puede considerar estado de fuerza mayor, la que actúa imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado; es decir, ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión, y que excluye toda intervención de culpa alguna por los concurrentes (SSTS de 2 de abril y 15 de diciembre 1996). (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Aunque no se plantea en instancia el problema competencial, parece claro que los hechos ocurrieron antes de entrar en vigor la Ley de 1992 (la demandada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real se interpone en 1991), por lo que estamos ante un caso de derecho transitorio, La cuantía inicialmente reclamada era de quince millones de pesetas, pero el Juzgado de Primera Instancia la reduce a ocho millones, cuantía que, a lo largo del proceso, queda inalterada. Puede considerarse doctrina jurisprudencial la admisión de la llamada culpa virtual médica (ver STS de 15 de julio de 2000, en este mismo ADC). (G. G. C.)

45. Responsabilidad del fabricante: LGDCU: daños por rotura de catéter: prueba.—La cuestión litigiosa gira en torno a la culpa o negligencia por la rotura de un catéter, el cual, con ocasión del preoperatorio derivado de una lesión sufrida por el actor en el dedo índice de la mano izquierda, fue introducido en una vía venosa, se rompió, se trasladó hasta el ventrículo derecho del paciente y quedó alojado en la arteria pulmonar principal segmentaria, por lo cual aquél fue sometido a una grave intervención quirúrgica para la extracción directa de dicho instrumento, de lo que se derivaron lesiones de las que tardó en curar doscientos cuarenta y seis días, y le quedó como secuela una cicatriz en la parte anterior del tórax; está acreditado con la máxima certeza que el catéter se rompió en el momento en que, de manera adecuada, fue usado, y como en su manejo no hubo manipulación alguna que haya causado su fractura, hay que concluir que ésta procedió de causa inherente al mismo catéter, y aunque entre las posibles no haya sido identificada cuál fue, por no haberse realizado una investigación concreta, con caracteres de conocimiento e imparcialidad razonablemente exigibles, en todo caso lo que resulta verificado es que hubo una *auto-fractura*; el Juzgador de instancia precisa que no puede válidamente argumentarse con que los demás instrumentos fabricados en la misma época hayan funcionado debidamente, porque cada unidad es independiente de las otras, de modo que la sentencia recurrida se asienta en los presupuestos de la LGDCU. (STS de 11 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte.: Sr. García Varela) porque el artículo 27.1.a) LGDCU establece que el fabricante responde de la idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad, y también porque el artículo 28.1 de la misma impone la res-

ponsabilidad de los daños originados en el correcto uso de bienes, cuando por su propia naturaleza incluyen necesariamente niveles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación que exigen controles técnicos o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario; todo lo cual concurre en el presente caso en el que la demanda se estima contra los laboratorios fabricantes del catéter. (G. G. C.)

46. Responsabilidad objetiva de la LGDCU: muerte por explosión de gas butano: acumulación de gas en la parte inferior de la cocina.—El gas butano causante de la explosión era suministrado a la demandante por la compañía demandada, en virtud del correspondiente contrato suscrito entre las partes; la explosión se produjo con ocasión del uso que la demandante hacía del producto o servicio así adquirido; la bombona que contenía el gas suministrado se encontraba en perfectas condiciones, al igual que los restantes elementos accesorios de la misma, de modo que la explosión ha sido la consecuencia de una anómala concentración de gas en la estancia donde se produjo el suceso, al tratar la demandante de encender uno de los fuegos de su cocina a primera hora de la mañana, después de estar toda la noche sin funcionar; la causa de la explosión se debe a que la dependencia destinada a cocina carece de oportuna salida en la pared para evitar la acumulación de gas butano en la parte inferior de la misma, siendo esta deficiencia la verdadera causante del daño, omisión que la sentencia recurrida imputa a la empresa suministradora, y que se rebate ineficazmente señalando la hipótesis de que la usuaria hubiera cambiado de dependencia la cocina entre la realización de la inspección técnica y aquel en que ocurrieron los hechos; la responsabilidad objetiva que establece la Ley de 1984, para los productos o suministradores de los servicios que a la misma se refiere, sólo desaparece cuando el daño o perjuicio sean causados por culpa exclusiva del perjudicado o de las personas por las que debe responder civilmente.

Interrupción extrajudicial de la prescripción.—Tanto si se trata de culpa contractual, como extracontractual, ha de estimarse interrupción de la prescripción, pues se declara probado que los abogados de las partes habían telegrafiado a *Repsol Butano, S. A.*, manifestando la intención de reclamar los daños y perjuicios, invitando a la destinataria a llegar a un acuerdo transaccional, sobre sus respectivos intereses en la cuestión, lo que constituye algo más que una mera declaración de intenciones, y constituye una forma de reclamación extrajudicial del acreedor a que alude el artículo 1973 CC. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

47. Muerte por explosión de gas butano: onus probandi.—Probado resulta que el luctuoso accidente que costó la vida a la esposa y a un hijo del actor, tuvo como causa determinante la defectuosa unión de la campana del calentador al conducto de evacuación que favoreció la salida de monóxido de carbono a la cocina, lo que descarta una posible utilización del calentador o la existencia de un incendio o explosión como causa del siniestro, declarándose asimismo que la vigilancia y control del buen estado y funcionamiento de las instalaciones corresponde a *Repsol Butano, S. A.*; tales declaraciones no violan la regla de la carga de la prueba pues no se violan las reglas de su distribución cuando el Tribunal ateniéndose a los medios de prueba obrantes en autos, extrae unas consecuencias, siendo indiferente qué parte aportó tal prueba al

proceso (STS de 13 de diciembre de 1999); la función que desempeña el artículo 1214 CC es la de determinar para quién se deben producir las consecuencias desfavorables cuando unos hechos controvertidos, de interés para resolver cuestiones del pleito, no han quedado suficientemente probados (STS de 15 de diciembre de 1999). (STS de 13 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia (Pte.: Sr. Almagro Nosete) y la de 25 de octubre de 2000 (en este *ADC*) suponen una acertada rectificación del criterio sustentado por la reciente STS de 30 de junio de 2000 que, en supuesto muy similar (muerte y lesiones por explosión de gas butano), desestima el recurso interpuesto por los perjudicados, prescindiendo de la aplicación de la LGDCU. Queda claro que la vigilancia sobre el buen estado y funcionamiento de las instalaciones recae íntegramente sobre la empresa suministradora. (*G. G. C.*)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad derivada de la Ley de caza: daños y perjuicios causados en fincas particulares por el pastoreo de animales salvajes procedentes de los aprovechamientos cinegéticos colindantes.—La Ley de caza de 1970 y su Reglamento de 1971 regulan una responsabilidad marcadamente objetiva que autoriza a los propietarios de las parcelas afectadas para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados, incluso aunque no se haya determinado en forma concreta la procedencia de los animales (*ciervos y jabalíes en este caso*) que, en busca de alimentos, se desplazan de sus propias reservas; ha de entenderse el término *procedencia* en sentido amplio para referirlo a las zonas donde los animales viven en libertad y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en fincas privadas que no son su propio refugio natural asignado; ello ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente a todos los titulares y dueños de los acotados colindantes [art. 35.1.b) del Reglamento y STS de 15 de julio de 1982].

Responsabilidad de los Ayuntamientos que arriendan los aprovechamientos cinegéticos.—Dado que los Ayuntamientos tienen inscrito registralmente el dominio de los montes de propios, y ostentan su propio dominio, les corresponden sus utilidades cinegéticas (art. 6 Ley), las que no explotan directamente sino que las tienen cedidas a arrendatarios que son los efectivos titulares del aprovechamiento cinegético de los montes, y ello determina la aplicación del artículo 33, apartado 1.º, de la Ley y artículo 35 del Reglamento, en cuanto establecen la responsabilidad directa y solidaria de los que resultan adjudicatarios del uso y disfrute del aprovechamiento cinegético que les ha sido cedida por vía contractual, y también la responsabilidad subsidiaria de los propietarios de los terrenos; en el primer caso se está en el caso de una responsabilidad por culpa en cuanto que dichos titulares deben adoptar las medidas precisas y necesarias para evitar que los animales abandonen los espacios acotados, lo que representa negligencia por incumplimiento de cargas de vecindad (STS de 14 de julio de 1982).

Gradación legal de responsabilidades: obsta a la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad tácita.—Al establecer la Ley de Caza una gradación de responsabilidad entre titulares del aprovechamiento cinegético y propietarios de los terrenos, no es posible aplicar la doctrina jurisprudencial

dencial sobre solidaridad tácita. (STS de 30 de octubre de 2000; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

49. Responsabilidad civil de Magistrados componentes de una Sala de lo contencioso de Tribunal Superior de Justicia: requisitos.—La doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados es muy reiterada y está muy consolidada (SSTS de 5 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1994, 17 de diciembre de 1996 y 6 de febrero de 1998), debiendo descansar forzosamente en actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, que se constata cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción con la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, que ha de ser calificable de manifiesta para que sea cohonestable con la «voluntad negligente o ignorancia inexcusable» a que alude el artículo 903 LEC (derogada), pues de otra suerte solamente podrá conceptuarse como simple «error judicial» o «deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia», como lo designan los artículos 121 CE, 410 LRJAE, y el artículo 292 LOPJ, en cuyo caso es el Estado, y no el Juez o Magistrado personalmente el que asume la responsabilidad inherente.

Divergencia de criterio con otra Sección del Tribunal Superior de Justicia.—El hecho de mantener la sentencia dictada por los Magistrados demandados un criterio distinto del mantenido en sentencia posterior de otra Sala del mismo Tribunal Superior de Justicia, no es constitutivo de dolo o culpa, sin que la sentencia judicial ni la resolución administrativa sean fuente del derecho, ni el criterio interesado y subjetivo de la parte demandante pueda prevalecer sobre el criterio objetivo y desinteresado de la sentencia dictada por los demandados.

Caducidad.—Es de apreciar el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 905 LEC (derogada), a contar desde el día en que se dictó la sentencia, cuya eficacia consiste en la extinción fatal de un derecho de duración limitada, en el que no cabe interrupción (SSTS de 11 de octubre de 1985, 14 de diciembre de 1993 y 12 de febrero de 1996); la sentencia se dictó el 21 de mayo de 1998 y la demanda se interpuso el 22 de diciembre de 1998, momento en que dicho plazo había transcurrido ya, sin que fuera interrumpido por un escrito de aclaración, de contenido improcedente, y que no puede alargar el breve plazo semestral para interponer la demanda de responsabilidad civil. (STS de 13 de septiembre de 2000; desestimatoria.)

HECHOS.—Al tratarse de una acción de responsabilidad civil contra los Magistrados de la Sala de un Tribunal Superior de Justicia resulta competente la Sala 1.ª TS, que falla en única instancia y reitera conocida doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Propiedad intelectual: autoría de la obra colectiva.—La propiedad intelectual de las obras realizadas «en colaboración» (previstas y reguladas en el art. 7.1 LPI, tanto en su texto de 11 de noviembre de 1987, como en su Texto Refundido del RD 1/1996, de 12 de abril), y los derechos tanto morales como de explotación derivados de las mismas pertenecen, por igual, a

todos los autores que formaron parte en su elaboración, rigiéndose esta situación, con carácter supletorio, por las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes. Estos autores serán los que consten fehacientemente en los Registros Públicos creados al efecto (SGAE), independientemente de las personas que figuren en la difusión pública y publicitada de la obra.

Intromisión ilegítima en el honor y propia imagen derivada de la letra de una canción compuesta por varios autores: excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—En el caso de una posible intromisión ilegítima causada por una obra colectiva, es absolutamente imprescindible que la demanda se efectúe contra todos sus autores, toda vez que, si ello no ocurriese, un posible fallo limitando las sucesivas divulgaciones de la obra (con la limitación futura de su derecho a la propiedad intelectual que a los autores ello provocaría), lesionaría los derechos de los autores no demandados, que no habrían sido oídos en el procedimiento, y no habrían podido ejercer su constitucional derecho de defensa. Esta falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser examinada y, en su caso, apreciada, de oficio en cualquiera de las fases del proceso. (STS de 17 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La canción «Podredumbre», grabada con el número 13 de la cara B del disco de larga duración del grupo musical «Negu Gorriak», titulado «Gure Jarrera», recoge en su letra la acusación directa de que don Enrique R. G., a la sazón Comandante de la Guardia Civil, destinado en el Cuartel de Intxaurre, estaba inmerso en una trama de corrupción y de narcotráfico, habiendo utilizado para su propio beneficio una buena parte de un alijo de cocaína incautado en una operación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el interior de la carátula del disco, traducido al francés, alemán, euskera, italiano, gallego, inglés y catalán, se recogía una foto del citado Comandante, con uniforme del Cuerpo de la Guardia Civil, sobre la que se superpone la palabra «Podredumbre».

Don Enrique R. G. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra los creadores y los responsables de la producción y distribución del citado disco. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián desestimó la demanda. Ante el recurso del demandante, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián estimó el recurso de apelación, condenando a los demandados a aceptar la declaración, a no volver a interpretar la canción, ni a incluirla en un nuevo disco, y a abonarle solidariamente quince millones de pesetas. El TS, sin entrar en el fondo de si hubo intromisión o no, estima el recurso de casación interpuesto por los demandados alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario y absolviendo a los demandados, toda vez que se demandó a los dos autores de la canción que figuraban en la carátula del disco, cuando en el Registro Público de la SGAE figuraban como autores de la letra estas dos personas y un tercero no demandado. La limitación futura de su uso limitaba su derecho de autor y no había sido oído.

NOTA.—El presente caso se da gracias a que la obra, en su inicial elaboración, ha contado con la participación de más de una persona, se trata de una obra colectiva en el momento de su creación,

sin tener en cuenta que sean terceros los encargados de su distribución, y su participación en el proceso. Por ello no es aplicable al mismo la reiteradísima doctrina jurisprudencial que, en el caso de intromisiones efectuadas a través de artículos de prensa, aplicando, sin dudas de su constitucionalidad, el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, y a pesar de considerar responsables solidarios de la intromisión a periodistas, directores de la publicación, editores y todos los participantes en la divulgación de la misma, no estima la existencia de una falta de litisconsorcio pasivo necesario en caso de no ser demandado alguno de estos sujetos, toda vez que en ese caso se da un conjunto de conductas diferenciadas de distinta naturaleza, imputable a cada uno de ellos. En este caso de creación de obra colectiva, la actuación de sus partícipes no es ni distinta ni diferenciada, ni imputable por separada a los mismos. La creación es un solo acto y no se ha dado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a uno de sus protagonistas. (L. A. P. M.)

51. Derecho de explotación de la propiedad intelectual: concepto.—El artículo 428 CC recoge el derecho de propiedad intelectual atribuyendo a su titular el derecho de explotación y el poder de disposición, sin perjuicio del derecho moral de autor; aquéllos se integran en el contenido patrimonial de la propiedad intelectual, que es semejante al derecho de propiedad que contempla el Código civil cuyo artículo 348 también distingue el aprovechamiento (o goce o explotación) y la disposición, y a cuya normativa se remite el artículo 429, como supletoria, siendo la principal, la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, sustituida por la posterior Ley 22/1987, de 11 de noviembre y, actualmente, el texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril; asimismo, es importante la Ley 17/1966, de 31 de mayo, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, que se dictó con carácter transitorio, «hasta que el nuevo estatuto general de los derechos de autor vea la luz», como dice su exposición de motivos y fue efectivamente derogada y sustituida por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 cuyos artículos 86 y ss. regulan esta cuestión.

El derecho de explotación se integra, pues, en el contenido patrimonial, junto con otros, de la propiedad intelectual, frente al contenido moral. Es decir, destaca una primera premisa: derecho de explotación no es lo mismo que derecho de propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido. El artículo 1 de la Ley de 1966, hoy derogada, vigente cuando se produjo la subasta, adjudicación y cesión que constituye el título de la parte demandante en la instancia, disponía que el «ejercicio (no la titularidad) exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica corresponde al productor...» el cual podía transmitirlos total o parcialmente, sin alcanzar a la titularidad de la propiedad intelectual.

Tal derecho de explotación de las películas, que fue adquirido por cesión tras la adjudicación en una subasta, es algo más que el derecho de propiedad sobre las copias materiales —*corpus mechanicum*— de tales películas, y algo menos que la propiedad intelectual —*corpus mysticum*— sobre las mismas.

Extensión temporal y objetiva del derecho de explotación de la propiedad intelectual.—Este derecho de explotación, aplicado a la propiedad

intelectual que de por sí es temporal, tiene la extensión o limitación en el tiempo correspondiente a la propiedad intelectual y la extensión o limitación objetiva en dos aspectos, la extensión sólo al espacio geográfico para el que fue adjudicada en subasta (en España), y sólo al medio o sistema existente en aquel tiempo (1967) sin extenderse a los medios que no eran conocidos entonces.

Imprudencia de las acciones reivindicatoria o declarativa de dominio para conseguir la declaración de existencia de un derecho de explotación de la propiedad intelectual.—Los tres primeros motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de *Video Mercury Films, S. A.*, deben ser estudiados y desestimados conjuntamente pues giran sobre la misma cuestión. Parten los tres de un error, en el que también han caído las sentencias de instancia: comienzan diciendo que la parte actora ejerció la acción declarativa de dominio o la acción reivindicatoria, por lo que estiman infringidas las normas sobre el derecho de propiedad (art. 348 CC), sobre la carga de la prueba en relación con aquellas acciones (art. 1214 CC), sobre la interpretación del negocio jurídico (art. 1283 CC) y sobre la prueba de presunciones (arts. 1249 y 1253 CC).

Pero no es así. No se ha ejercitado ninguna acción relativa al derecho de propiedad, porque nunca la parte demandante adquirió la propiedad intelectual de una serie de películas, sino sólo el derecho de explotación en España, concretado a los medios y sistemas que en aquella época había. (STS de 17 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En 1967 la Hacienda pública embargó a *Cifesa* los derechos de explotación en España de catorce películas. Tras la subasta y correspondiente adjudicación, estos derechos fueron cedidos a D. O. Lieman Marco. Asimismo, por razón de un embargo semejante a *Cifesa-Producción* son subastados, adjudicados y subsiguientemente cedidos a D. O. Lieman Marco los derechos de explotación en España de otras veinte películas. D. O. Lieman Marco transmitió los derechos adquiridos a la entidad *Victory Films, S. A.* —prácticamente de su titularidad— y ésta formula demanda contra determinadas personas físicas y jurídicas que mantienen ser titulares de la propiedad intelectual de algunas de las películas mencionadas; contra las sociedades titulares de los laboratorios fotográficos donde se depositan los negativos de las películas y, finalmente, contra las cadenas de televisión que las han emitido. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda que es confirmada, salvo en la absolución de una persona física, por la Audiencia. Contra la sentencia de apelación interponen recurso de casación *Victory Films* (respecto a dos sociedades titulares de sendos canales de televisión, que no fueron condenados a indemnizar) y *Video Mercury Films, S. A.*, D. A. Marcos Tejedor, *Marte Films, S. A.*, y D. G. Buhigas Arizcun (demandadas que han mantenido la titularidad de la propiedad intelectual de concretas películas). Ha lugar al recurso de casación interpuesto por las demandadas. (R. G. S.)

52. Requisitos de existencia de la servidumbre contemplada en el artículo 541 CC.—Las SS de 25 de junio de 1991 y 18 de marzo de 1999, con

referencia a la precedente de 13 de mayo de 1986, recogen la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual «para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en dicho precepto (el art. 541 CC), es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente: 1.º la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; 2.º un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; 3.º que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; 4.º que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; 5.º que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia de dicho derecho real». Al no concurrir aquí el supuesto de la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario, ni haberse impuesto por el dueño común de ambos, no se da el supuesto legal para la aplicación y existencia de la servidumbre del artículo 541 CC. (STS de 29 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercita una acción negatoria de servidumbre frente a dos hermanos que se oponen a que levante sobre sus ventanas una pared necesaria para la construcción que desea realizar. La demanda se estima en parte reconociéndose el derecho del actor a levantar el muro por no existir servidumbre de luces y vistas que lo impida. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por uno de los hermanos. De igual modo actúa el TS al rechazar los recursos de casación promovidos por los demandados que se apoyaban en la existencia de una servidumbre por «destino del padre de familia». El motivo de casación parece al resultar acreditado que quien constituyó el signo aparente entre las fincas no era propietario sino usufructuario. (R. G. S.)

53. El tercero adquirente y el artículo 114 LH.—La recurrente incorpora dos argumentaciones al planteamiento contenido en el motivo.

La primera, considera que no son terceros, a los efectos del artículo 114 LH, quienes adquieren con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación referida en el artículo 131.4 LH; sin embargo ninguno de los preceptos citados atribuye a la nota marginal la derivación indicada, ni tampoco modifican la responsabilidad de los bienes en perjuicio del tercero, que se encuentra taxativamente limitada en el artículo 114 LH, cuyo fundamento es también aplicable a aquellos bienes hipotecados respecto de los cuales el procedimiento haya comenzado, debido a que, según opinión mayoritaria de la doctrina científica, con mención al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, en una posición extrapolable al hoy declarado inconstitucional de la Ley de 2 de diciembre de 1872, la nota marginal cumple el cometido de publicar registralmente dicha incoación judicial con la noticia a los posteriores adquirentes del inmueble o derecho ejecutado o de derechos sobre los mismos acerca de la existencia del proceso de ejecución, y la de hacer las veces de trámite de notificación o intimación a esos adquirentes de la presencia del procedimiento, pero ello en nada obsta para la aplicación del artículo 114 a la compañía *Egara Lloguers, S. A.*, por su condición de tercero como ha declarado la resolución de instancia, cuando, además, la escritura de constitución de la hipoteca limitó la garantía hipotecaria, en rela-

ción con los terceros adquirentes, de la manera detallada en el apartado segundo del FD 1.º de esta sentencia; y sin que tampoco sirva para el objetivo pretendido lo expresado en el artículo 134 LH, cuando establece que «si antes de que el acreedor haya hecho efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con el las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor», pues este precepto sólo establece una subrogación procesal y no otra de derecho material.

Intereses legales por el pago de lo indebido: necesidad de que concurra mala fe.—Sobre este particular, corresponde señalar que el artículo 1896 CC dispone que «el que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales (...)», y el *Banco Hipotecario de España, S. A.*, percibió la suma no debida en virtud del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 1992, que ratificó el dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de la capital en 20 de diciembre de 1989 en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria núm. 1100/81, lo que descarta el presupuesto de la mala fe exigido por el precepto citado; y tampoco se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, por mor de que el núcleo jurídico de esta teoría hace mención necesariamente al desplazamiento patrimonial de una parte a otra sin razón justificada, lo que no ocurre aquí en virtud de la actividad judicial recién mentada. (STS de 24 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Hipotecario* concede a *Vapores Reunidos, S. A.*, un préstamo. Tres años después inicia procedimiento de ejecución hipotecaria. El Juzgado señala fechas para las subastas y antes de que la primera de éstas se cumpla *Vapores Reunidos, S. A.*, vende la finca hipotecada a *Egara Lloguers, S. A.*, quien se reserva para el pago total de la hipoteca la cantidad pendiente de liquidación. La compradora comparece ante el Juzgado, consigna la cantidad pendiente y solicita la cancelación de la hipoteca. El banco se opone a la consignación sosteniendo que se le debe una cantidad superior y que *Egara Lloguers, S. A.*, no es tercero adquirente protegido por los artículos 114 y 115 LH sino deudor directo del banco en virtud de una subrogación *ex lege* por aplicación de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y del Decreto de 13 de noviembre de 1928. Acoge el Juzgado la tesis del banco, ratificando la Audiencia este criterio. *Egara Lloguers, S. A.*, aporta la diferencia entre lo consignado y lo exigido para posteriormente reclamar al *Banco Hipotecario* el total de lo consignado y satisfecho más los intereses legales de la cantidad global desde la interposición de la demanda. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de declarar que no procede condenar a la demandada al pago de los intereses. El *Banco Hipotecario* y *Egara Lloguers, S. A.*, interponen recurso de casación sin que prospere ninguno de los dos. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

54. Condiciones de aplicación del Convenio de Bruselas a un pronunciamiento sobre alimentos incluido en sentencia de divorcio.—Es cierto que el apartado 1 del párrafo segundo del Convenio de Bruselas de 1968 excluye de su ámbito de aplicación el estado de las personas físicas y los regímenes matrimoniales, y también lo es que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Rotterdam, además de condenar al hoy recurrente a pagar a la recurrida 2.500 florines al mes y por adelantado, en concepto de alimentos, decretó el divorcio entre las partes y declaró que éstas debían proceder a la liquidación y división de la sociedad conyugal. Igualmente cierto es que el precepto citado por la sentencia recurrida para desestimar la inaplicabilidad del convenio alegada por el recurrente, artículo 5.2, no era el apropiado, pues este precepto contiene una regla de competencia internacional y no una norma delimitadora del ámbito material de aplicación del Convenio.

Pero no es menos cierto, de un lado, que en definitiva el Tribunal de instancia sí se pronunció expresamente sobre la aplicabilidad del convenio de Bruselas, y precisamente por contener la sentencia holandesa un pronunciamiento sobre alimentos. Y de otro, que precisamente los alimentos, calificándola claramente de «parcial», es materia incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas.

El recurrente cita en su apoyo únicamente la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1979 (asunto 143/78, caso *Jacques de Cavel* contra *Luise de Cavel*), que ciertamente se decantó por un criterio amplio, en cuanto a las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio según el apartado 1 del párrafo segundo de su artículo 1, considerando como tales las medidas provisionales que concierne- ran o aparecieran estructuralmente ligadas al estado de las personas implicadas en un juicio de divorcio o las prestaciones patrimoniales directamente resultantes del vínculo conyugal o de su disolución (§ 10.º).

Sin embargo este criterio amplio fue pronto corregido por el propio Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de marzo de 1980 (asunto 120/79, caso *Luise de Cavel* contra *Jacques de Cavel*, también conocida como *Cavel II*), cuyo fallo establece que el Convenio de Bruselas es aplicable tanto a la ejecución de una medida provisional de pensión mensual de alimentos a favor de uno de los cónyuges litigantes en un juicio de divorcio como a una pensión compensatoria provisional a pagar mensualmente y acordada en juicio de divorcio. Y para justificar este pronunciamiento, el Tribunal razonó sobre la autonomía de las materias accesorias de un proceso matrimonial en relación con su objeto principal (§ 11.º).

Pues bien, posteriormente el Tribunal de Justicia ha seguido avanzando en esta última dirección en dos sentencias más. La de 27 de febrero de 1997 (asunto C-220/95, caso *Van den Boogaard* contra *Laumen*) optó por un criterio marcadamente objetivo, por la materia propia de la resolución a ejecutar, razonando que si de la resolución «resulta que una prestación está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria. En cambio, cuando la prestación tiene por objeto el reparto de bienes entre los esposos, la resolución se refiere a los regímenes matrimoniales y, por consiguiente, no puede ejecutarse de conformidad con el Convenio de Bruselas.

Una resolución que combine las dos funciones puede, conforme al artículo 42 del Convenio de Bruselas, ser ejecutada de forma parcial, siempre y cuando en ella se hagan constar claramente los objetivos a los que corresponden, respectivamente, las distintas partes de la prestación acordada» (FJ 22.º), y fallando «que una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias y, en consecuencia, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica, en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho ex cónyuge. El hecho de que el Juez del Estado de origen haya descartado, en el marco de su resolución, la aplicación de unas capitulaciones matrimoniales carece de importancia a este respecto». Y la S de 20 de marzo de 1997 (asunto C-295/95, caso *Farrel* contra *Long*), aun versando sobre el artículo 5.2 del Convenio y no sobre su artículo 1, falló que «la expresión “acreedor de alimentos” hace referencia a cualquier solicitante de alimentos», propugnando como principio recogido en la jurisprudencia del Tribunal «una interpretación autónoma de los términos utilizados en este Convenio, de forma que se garantice la plena eficacia de éste desde la perspectiva de los objetivos del artículo 220 del Tratado CEE» (FJ 12.º).

Es claro, por tanto, que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el pronunciamiento cuya ejecución se instó al amparo del Convenio de Bruselas era ineludible, como materia civil, en el párrafo primero de su artículo 1, y no podía considerarse excluido por el apartado 1 del párrafo segundo del mismo artículo porque, a pesar de haberse dictado dicho pronunciamiento en un juicio de divorcio y declararse en la misma sentencia tanto el propio divorcio como la liquidación y división de la sociedad conyugal, gozaba de una autonomía propia por razón de su objeto, la pensión alimenticia mensual fijada a favor de la actora, quien solicitó de los tribunales españoles la ejecución solamente de dicho pronunciamiento.

Requisitos de la citación y emplazamiento del demandado en el proceso de origen para que la resolución que le pone fin pueda ser reconocida en país extranjero.—Los motivos segundo y tercero del recurso pueden ser objeto de examen conjunto ya que ambos denuncian la infracción del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas en cuanto éste prohíbe reconocer las resoluciones dictadas en rebeldía del demandado, situación del hoy recurrente en el proceso de origen, en caso de emplazamiento irregular y sin tiempo suficiente para defenderse. El motivo segundo se centra especialmente en alegar la falta de regularidad del emplazamiento; el tercero, en cambio, se dedica sobre todo a denunciar el incumplimiento del requisito del «tiempo útil».

Ambos requisitos han sido tratados en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en lo que aquí importa, destacan su carácter conjunto o acumulativo (así, S de 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, caso *Minamet*, y S de 3 de julio de 1990, asunto C-302/88, caso *Lancraz S. A.*), de suerte que la falta de cualquiera de los dos comportaría la denegación del reconocimiento.

Principio de equivalencia de resultados: alcance.—Por lo que se refiere al principio de equivalencia de resultados, no hay dato alguno que permita afirmar que cualquiera que fuera la legislación aplicable (la holandesa, por nacionalidad y residencia de la demandante en el proceso de origen; la suiza, por nacionalidad común de los litigantes; o, en fin, la española, a causa de la residencia habitual de los esposos en diferentes Estados, estando el del demandado en España, arts. 107 CC y 22.2 LOPJ), el resultado no acabara siendo el mismo. El mencionado principio atiende a las consecuencias jurídicas que se derivan de la norma llamada al caso por aplicación de la norma de conflicto interno, y no al resultado material que se produce por la proyección de dichas consecuencias jurídicas al caso concreto, resultado constitutivo de la decisión del juez sobre el litigio y que, por afectar al fondo del asunto, queda terminantemente sustraído a la revisión por el Juez del Estado requerido según el artículo 29 del Convenio de Bruselas.

Dicho de otra forma, el control sobre este punto ha de detenerse en la constatación de sí las consecuencias jurídicas previstas por la ley aplicable al fondo del asunto según la norma de conflicto española y las previstas por la norma aplicada en la sentencia cuyo reconocimiento se insta son las mismas. Y al respecto ha de concluirse que tanto la ley española como la suiza contempla, como efectos subsiguientes al divorcio, la disolución de la sociedad conyugal y la prestación de alimentos. (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una solicitud de reconocimiento y ejecución parcial (en cuanto a la obligación de alimentos) al amparo del Convenio de Bruselas de 1968, de una sentencia dictada por un tribunal holandés. El Juzgado español de Primera Instancia dicta auto accediendo a lo solicitado. El obligado a la prestación de alimentos recurre el auto ante la Audiencia y su apelación es desestimada. Es esta sentencia desestimatoria —que confirma a la vez el auto del Juzgado— la que se ataca por la vía del recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

55. Acción de paternidad del artículo 136 CC: constitucionalidad.—El artículo 136 CC, siguiendo las pautas marcadas por el artículo 39 CE, no pone límite a la investigación de la paternidad, sino que establece únicamente los tiempos para el ejercicio judicial de la acción con la flexibilidad suficiente para la protección de los intereses en juego.

Impugnación de reconocimiento de filiación matrimonial: inaplicación a los casos de existencia de presunción legal de paternidad reconocida en el artículo 116 CC.—Al marido que por el artículo 116 CC se presume padre del hijo nacido después de la celebración del matrimonio o en los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, no le es aplicable la acción de impugnación de reconocimiento de filiación matrimonial por vicio de consentimiento regulada en los artículos 138 y 141 CC.

Indefensión y caducidad de la acción.—No se aprecia indefensión cuando aquel que la alega ha dejado transcurrir los plazos aplicables al efecto para la interposición de la acción que da lugar al proceso en cuyo desarrollo tienen lugar los hechos que presuntamente producen indefensión al demandante. (STS de 30 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de mayo de 1983 nace el último hijo del matrimonio formado por J. M. Q. e I. F. M. J. M. Q., debido a su profesión, pasaba largos periodos en alta mar, entre los que interesa destacar el comprendido entre el 12 de marzo de 1982 y el 10 de noviembre de 1982 así como el que tuvo su inicio el 14 de noviembre de 1982 y finalizó el 6 de agosto de 1983 tras el cual recibió un telegrama con la noticia del nacimiento del hijo. La esposa alega que el 10 de agosto de 1982 tuvo lugar un encuentro con su marido en Valencia, declaración que no queda claro si el Alto Tribunal considera hecho probado.

En 1992, J. M. Q. comienza a sospechar sobre la posible infidelidad de su esposa y el 26 de febrero de 1994 formula contra ésta demanda sobre impugnación paterno filial. El 7 de julio de 1994 se aprueba por el Juez de Primera Instancia la práctica de la prueba biológica que, sin embargo, tuvo que ser suspendida el 2 de septiembre de 1994 ya que en el día que se había fijado, J. M. Q. se encontraba en alta mar. La demandada y el hijo, sin embargo, acudieron el día inicialmente señalado sin que les fuera extraída sangre para culminar la prueba en su momento. El nuevo día fijado tras el acuerdo de su práctica para mejor proveer, acudió el demandante ausentándose la demandada y su hijo. Finalmente la demanda fue desestimada en primera instancia. Solicitada de nuevo la práctica de la prueba biológica por el demandante, recurrente en apelación, fue denegada por la Audiencia que mantuvo su posición al resolver el recurso de súplica interpuesto contra dicha resolución.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que la admisión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación se encuentra actualmente regulado en el artículo 767 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que deroga el artículo 127 CC. (B. F. G.)

56. Inaplicación simultánea de la presunción de paternidad del artículo 116 CC y del error de reconocimiento determinante de filiación matrimonial de los artículos 138 y 141 CC.—La filiación matrimonial atribuida legalmente al marido por la presunción del artículo 116 CC, impide a éste impugnar la paternidad alegando el vicio de error por la vía de los artículos 138 y 141 CC aplicables únicamente para los casos en los que la filiación matrimonial haya sido determinada por reconocimiento.

Artículo 136 CC: caducidad de la acción de impugnación de paternidad.—El plazo de caducidad concedido al marido para impugnar su paternidad es de un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que conozca el nacimiento. (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 27 de junio de 1982 tuvo lugar el nacimiento de M. C. R. que fue inscrita en el Registro Civil como hija del matrimonio formado por R. C. T. y C. C. R. casados desde hacía cuatro años. En 1987 decidieron de mutuo acuerdo separarse y el 21 de junio de 1988 se resolvió por sentencia el divorcio. Posteriormente, y tras comprobar que no conseguía descendencia con la nueva pareja, R. C. T. se somete a un análisis de esperma del que resulta que padece oligonecroespermia cuyo tiempo de producción no se ha deter-

minado. Como consecuencia de ello R. C. T. ejercita acción de impugnación de la paternidad contra C. C. R. y su hija menor M.C.R. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda.

NOTA.—Sorprende la alegación por parte del demandante (interesado en la práctica de la prueba biológica) de la aplicación de los artículos 138 y 141 CC ya que, en la división que suele realizar la doctrina en relación con las acciones de impugnación de la paternidad, la regulada en dichos preceptos se suele situar en el grupo de las acciones declarativas, caracterizadas por no abordar el problema de la verdad biológica y tratar únicamente la inexactitud o invalidez de un título de determinación de una filiación (en este sentido se pronuncian Rivero Hernández, F., en *Comentarios del Ministerio de Justicia al Código Civil*, I, Madrid, 1993, p. 506, y Peña Bernaldo de Quirós, M., en *Derecho de familia*, I, ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 448). (B. F. G.)

57. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial: legitimación activa del padre en casos de falta de posesión de estado.—Aunque el artículo 133 CC atribuye la legitimación activa en caso de reclamación de filiación extramatrimonial sin posesión de estado, únicamente al hijo, la jurisprudencia del TS atenúa la letra del Código y reconoce la legitimación del padre también en estos casos.

Finalidad constitucional de las pruebas biológicas.—El TC en varias sentencias viene afirmando que la finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral del hijo y no de los padres biológicos, reconociendo al órgano judicial la facultad de decidir si su práctica es indispensable y proporcionada.

Pruebas biológicas: la negativa del demandado a su práctica no equivale a *ficta confessio*.—La negativa a la práctica de la prueba biológica no puede ser considerada por sí misma prueba suficiente de la existencia de la paternidad; se trata de un valioso indicio que, sin embargo, debe relacionarse con el resultado de otras pruebas efectivamente practicadas. En el caso de que el resto de las pruebas no aporten base fiable para afirmar la paternidad, ésta podrá ser negada, a pesar de la negativa a la práctica de la prueba biológica. (STS de 2 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1976 nace R. E. Ll. inscrito como hijo matrimonial de A. Ll. V. y B. E. R., casados desde 1973. El 3 de noviembre de 1988, J. de J. F. del C. interpone demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra el matrimonio. Solicitada por el demandante la prueba biológica, su práctica no pudo llevarse a cabo porque los padres del niño no acudieron el día fijado para ello. El 27 de julio de 1990 el Juez de Primera Instancia dicta auto de inadmisión de la demanda, auto que es revocado por la Audiencia Provincial. El 13 de abril de 1993 se desestima la demanda en primera instancia por falta de legitimación activa. Recurrída en apelación la sentencia, la parte pasiva pasa a ser la madre de A. Ll. V. a causa del fallecimiento del matrimonio y del niño por disparo de arma de fuego. El demandante, recurrente en apelación,

solicita la exhumación del cadáver del niño para la realización de la prueba biológica, que la Audiencia Provincial deniega. El Tribunal de segunda instancia considera existente la legitimación activa del demandante pero resuelve desestimando en el fondo.

NOTA.—El artículo 133 CC dice que «la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida». La sentencia analizada constituye un ejemplo de la interpretación del precepto que el TS está llevando a cabo, caracterizada por otorgar legitimación activa también al supuesto padre. Para justificar dicha interpretación algunas SSTS acuden a preceptos y derechos constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (STS de 19 de mayo de 1998 y de 20 de junio de 2000) o el interés justificado de los hijos de saber y conocer quién es su padre (STS de 20 de junio de 2000 que también apela a los principios y filosofía de la institución de la filiación). Pero el fundamento común a la mayoría de las sentencias consultadas y el que parece tener un mayor peso está constituido por la interpretación conjunta del artículo 133 CC con el 134 CC en virtud del cual «el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria». Una interpretación amplia de este último precepto lleva al Alto Tribunal a configurarlo como una excepción del artículo 133 CC, llegando a la conclusión de que «si se está legitimado para impugnar en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación» (SSTS de 8 de julio de 1991, 30 de marzo de 1998, 20 de junio de 2000 y las citadas en ellas).

En contra de esta interpretación, se ha dicho que la frase del artículo 134 CC «conforme a los artículos anteriores» implica que la regla de este precepto está condicionada a la previa posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación, de tal manera que si no se está legitimado para ésta tampoco podrá ejercitarse la acción de impugnación de filiación contradictoria (Gullón Ballesteros, A., en su voto particular a la STS de 19 de mayo de 1998).

No hay que olvidar, además, que en las SSTS que otorgaban legitimación activa al padre a pesar de la dicción del artículo 133 CC, el TS tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones concretas como el hecho de que frente a la petición de paternidad, la madre mostraba su conformidad (STS de 30 de junio de 1988), o que nada oponían ni la madre demandada ni su esposo (STS de 10 de marzo de 1988), o que la verdad biológica apoyaba la pretensión del padre demandante (STS de 20 de junio de 2000). En relación con ello en la STS de 28 de mayo de 1997 podemos leer que «tal aportación jurisprudencial de ampliación de la legitimación debe mantenerse y respetarse, pero hacer uso de ella sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones posesorias constantes».

Por lo que se refiere a la posición de la doctrina en este tema, algunos autores alegan que existe una discriminación de la filiación

extramatrimonial en relación con la matrimonial ya que el artículo 132 CC otorga legitimación activa al padre para reclamar la filiación matrimonial aun faltando posesión de estado (Rivero Hernández, F., *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1993, p. 498). Por su parte Peña Bernaldo de Quirós, M., plantea la posibilidad de reclamar la filiación extramatrimonial, en caso de falta de reconocimiento oportuno excusada, como una manifestación del derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el Convenio de Roma (*Derecho de familia*, I, ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 445, nota núm. 96). (B. F. G.)

58. Prueba biológica de paternidad. Derechos fundamentales: tutela judicial efectiva.—Esta prueba no puede practicarse más que con la comparecencia de aquellos que han de aportar, comprobadamente, la cantidad necesaria de su sangre y por lo mismo tanto su cooperación —salvo que voluntariamente comparezcan al acto— como su negativa a hacerlo —con las posibles consecuencias que de ello puedan obtenerse— han de corresponder a una citación hecha en la forma que es exigible por la naturaleza del acto para el que se cita y en este procedimiento, en primera instancia, ajustándose a lo que dispone el primer párrafo del artículo 6 CC, prescindiéndose de la salvedad que su párrafo segundo encierra de exigencia legal de garantía —ejemplo similar es el del art. 583 de la Ley procesal—, evitando desconocimientos ficticios o reales cuando las consecuencias de esto derivadas pueden ser muy graves y evitables desde la citación personal que erradica toda idea de indefensión.

La situación creada desde la declaración de pertinencia y admisión de la prueba biológica de investigación de la paternidad del demandado y su falta de práctica por incomparecencia de este último, quizá por la citación inadecuada que para ello se le hace que no por negativa expresa de prestarse a la misma y el rechazo de esa misma prueba propuesta en segunda instancia en aras de una valoración del resto de pruebas aportadas y anticipando como condicionante para la admisión la negativa del demandado de someterse a esa prueba, anticipadamente a la necesaria decisión judicial sobre su pertinencia que en otra instancia había sido apreciada, en una precipitación valorativa de lo que aún no se había dado y que así cierra toda deducción sobre la trascendencia y razón de esa anticipada negativa, viene a desconocer el derecho a una tutela judicial efectiva que la Constitución concede y a quebrar las posibilidades que le reconoce el artículo 39.2 de la misma y, en relación con él, el artículo 127.1 CC supeditando improcedentemente esos derechos fundamentales a una negativa de práctica que aún no llegó el tiempo procesal de producirse —con todas las consecuencias que de la corrección de su desarrollo puedan llegar a obtenerse por el juzgador de instancia— a falta de la realización de las actividades necesarias por los juzgadores para garantizar la práctica de toda prueba, cualquiera que sea la valoración que pueda llegar a dársele porque así le corresponde, como viene a consignarse en la S de 17 de enero de 1994 del TC, y como también lo estudia la S de esta Sala de 26 de julio de 1999.

Reclamación de filiación no matrimonial. Investigación de paternidad: principio de prueba.— El artículo 127 CC, acorde con el artículo 39.2 CE, establece las más amplias posibilidades de prueba para determi-

nar la paternidad y la maternidad a través del correspondiente juicio siquiera en su párrafo segundo establece un requisito de procedibilidad al exigir, para que la correspondiente demanda sea admitida a trámite, que ya inicialmente se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda, exigencia legal que la jurisprudencia ha espiritualizado señalando «que basta con que en esa demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» garantizándose la seriedad de aquélla –SS de 3 de octubre de 1998, 16 de enero, 22 de marzo y 4 de mayo de 1999. (STS de 18 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Formulada demanda sobre acción de filiación no matrimonial y pensión alimenticia para el menor reconocido, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda, denegando la práctica de la prueba biológica de paternidad.

El TS estima en parte el recurso de casación, anulando y revocando las decisiones de las inferiores instancias, y las actuaciones del procedimiento atinentes a la práctica de la prueba biológica de paternidad. (M.^a R. D. R.)

59. Reclamación de filiación no matrimonial. Investigación de paternidad: valor probatorio de la negativa a someterse a pruebas biológicas de paternidad.–De acuerdo con los razonamientos que se dejan consignados las reglas jurisprudenciales determinantes de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos –huérfanos de una regulación legal más precisa–, que pueden estimarse más acreditadas y, por tanto, como guías para la valoración de los hechos probados se resumen en dos: *a)* la negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de la paternidad; *b)* tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, la STS de 28 de marzo de 2000, recoge que son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado. (STS de 26 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Formulada demanda sobre acción de reclamación de filiación no matrimonial y pensión alimenticia para el menor que solicita ser reconocido, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda.

El TS declara haber lugar al recurso de casación, anulando y revocando las decisiones de las inferiores instancias. (M.^a R. D. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Impugnación de operaciones particionales. Juicio declarativo ordinario de testamentaria.—Si el artículo 1078 LEC limita las funciones del contador dirimente a formular las operaciones divisorias en que hubiera desacuerdo; si el artículo 1088 de la misma Ley supedita el juicio ordinario a la falta de conformidad en la junta a que se refiere su artículo 1086; si como declaró esta Sala en su S de 8 de julio de 1995, el referido juicio ordinario «solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente»; si el proyecto del contador dirimente, en el caso examinado, ya contenía la declaración final de que los herederos que disfrutaban de bienes hereditarios debían frutos y rentas a los restantes, procediéndose a la oportuna liquidación, juntamente con la de gastos, daños y mejoras legalmente exigibles, y si, en fin, en ningún pasaje de los motivos el recurrente alega siquiera que el objeto de los pedimentos de su demanda hubiera sido objeto de controversia previa al juicio ordinario, entonces claro está que, como se apreció en ambas instancias por las respectivas sentencias, tales pedimentos excedían del marco legal delimitado por el artículo 1088 LEC en relación con su artículo 1078.

La norma contenida en el artículo 1061 CC tiene el carácter de «recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla» (STS de 23 de junio de 1998), y es más bien «facultativo y orientativo que de imperativa observancia» (SSTS de 7 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995), además de las que estas mismas citan).

Comunidad de bienes. División de cosa común. Doctrina general.—La divisibilidad de bien inmueble es una cuestión de puro hecho en la que el Tribunal de casación no puede entrar si como infringida no se cita una norma que contenga regla legal de valoración de la prueba. (STS de 6 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda en juicio voluntario de testamentaria, por entender que el cuaderno particional contenía esenciales omisiones y violaciones de normas legales sobre división de herencias, el actor solicita se declare rechazada dicha partición y se proceda a formalizar un nuevo cuaderno particional, con una más justa y equitativa distribución de la herencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, aprobando las operaciones divisorias enjuiciadas, que la Audiencia Provincial confirmó.

Se interpone recurso de casación, articulado en cuatro motivos: los tres primeros combaten, desde una u otra perspectiva, la desestimación de la demanda en sus pedimentos, relativos a la obligación de tres coherederas demandadas de traer a la masa de la herencia los frutos, productos y rentas de los bienes hereditarios poseídos por ellas, rindiendo cuenta detallada y justificada, y a la obligación de una de esas mismas coherederas de rendir cuenta detallada y justificada de su gestión como administradora de la herencia judicialmente designada; el motivo último, en cambio, se dedica por entero a combatir la sentencia recurrida en cuanto no desaprobó las opera-

ciones divisorias del contador dirimente en relación con los bienes inmuebles de la herencia.

El TS declaró no haber lugar a la casación. (*M.^a R. D. R.*)

61. Impugnación de operaciones particionales. Colación de bienes.—El artículo 1035 CC impone sólo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y el cónyuge viudo, aunque posee la condición de heredero universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, CC. El cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales.

Sucesión hereditaria. Capitalización de la legítima del cónyuge viudo.—La facultad de elegir una de las formas de capitalización expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o ab intestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los «herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo», en donde no encaja la figura de la viuda usufructuaria, quien, aun siendo heredera, tiene que recibir, pero no dar.

Donación *mortis causa*. Requisitos formales. Cesión de contrato de reconocimiento de deuda sujeto a condición suspensiva de fallecimiento del causante.—La donación *mortis causa* carece de validez si no se guardan en su otorgamiento las reglas dispuestas en el capítulo de la sucesión testamentaria, lo que supone la inexcusable sumisión a los requisitos formales exigidos para otorgarla.

Pese a que el contrato de cesión contiene, para su plasmación, dos precisiones: *a)* la gratuidad, y *b)* la condición de premoriencia del cedente, durante la vigencia del contrato, no se configura como una donación *mortis causa*, al omitirse el presupuesto de la forma testamentaria, por lo que no debe computarse en la herencia del causante. (**STS de 25 de octubre de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda de impugnación de partición de herencia, el actor solicita se declare la nulidad o se rectifique el cuaderno particional de la herencia, por inexactitud del inventario de los bienes del causante, y se permita la capitalización del usufructo del cónyuge viudo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó íntegramente el fallo apelado.

Interpuesto recurso de casación, el TS declara haber lugar. (M.^a R. D. R.)

DERECHO MERCANTIL

62. Violación del derecho de exclusiva de los signos distintivos. Excepción para el uso del nombre completo en el mercado. Improcedencia de la excepción.—Pese a la existencia de un signo distintivo debidamente registrado y, por tanto, a la normal prohibición de uso empresarial a terceros de bienes inmateriales que puedan crear confusión, la Ley de Marcas, en su artículo 33, permite a un sujeto la utilización en el mercado de su nombre completo y domicilio siempre que lo haga de buena fe y no lo use a título de marca. La utilización de la denominación social, junto con el domicilio completo, de forma destacada, como elemento dominante y captatorio de la atención de los consumidores en el local y en los envoltorios, cajas, bolsas, material publicitario y documentos, constituye un uso de la denominación dirigido a que se identifique la misma con el establecimiento mercantil y con el local donde se prestan los servicios al público. Conforme a los artículos 81 y 85 de la Ley de Marcas, son aplicables al nombre comercial y al rótulo las normas relativas a las marcas, en cuanto sea compatible con la propia naturaleza de estos signos distintivos; por tanto, el citado artículo 33 debe aplicarse también al uso de la denominación social como nombre comercial y como rótulo de establecimiento, de manera que la excepción a la prohibición de uso por terceros quede sin aplicación con respecto a estos signos.

Relación entre los signos distintivos de la actividad empresarial y la razón social. Necesaria identidad: insuficiencia del riesgo de confusión por semejanza.—Según el artículo 2.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. Para que pueda condenarse a una sociedad a modificar su razón social es necesario que se dé, entre ambas denominaciones, una situación de identidad, de igualdad nominal. No es suficiente con el parecido, con la semejanza, a diferencia de lo prescrito por la Ley de Marcas (art. 31) para la confrontación entre signos distintivos. El mero parecido, por grande que sea, de una denominación social con un nombre comercial o con una marca no conlleva su modificación imperativa. La protección de los signos en la Ley se limita a prohibir el uso de la razón social a modo de signo distintivo, pero no pretende privar a la persona jurídica de la función meramente identificativa que su nombre despliega.

Peligro de confusión entre signos distintivos. *Ius prohibendi*. Apreciación en la instancia.—La Ley de Marcas en sus artículos 30 y 31 concede al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizarla en su actividad profesional, poniendo a su disposición acciones legales frente a terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante, es decir, que cree riesgo de confusión. El riesgo de confusión entre la marca *Panadería de Azaldegui* y la denominación social *Panadería Fernando de Azaldegui* es evidente, ya que el añadido *Fernando* no tiene suficiente fuerza distintiva. En cualquier caso, es jurisprudencia rei-

terada de la Sala Primera del TS (entre otras STS de abril de 1986) que, al no establecer la Ley reglas precisas en orden a la determinación de la « semejanza » entre signos, ha de ser el tribunal *a quo* el competente para, tras un estudio comparativo, determinar su existencia. (STS de 10 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La demandante, *P. de A, S. A.*, formula demanda por el cauce procesal del juicio de menor cuantía contra *P. F. A., S. L.*, por infracción de sus derechos de exclusiva de marca y nombre comercial en el ejercicio de su actividad a través de su denominación social, solicitando que cese en tal práctica, con la consiguiente publicidad de la sentencia, que modifique su razón social para evitar confusión con los signos distintivos registrados por la actora, y que indemnice los daños y perjuicios causados. Estimada íntegramente la demanda en la instancia, se revoca parcialmente en apelación, dejando sin efecto la indemnización de daños y perjuicios otorgados a la demandante-apelada en la sentencia recurrida. La demandada-apelante recurre en casación. El TS estima parcialmente el recurso, confirmando, sin embargo, la resolución de la Audiencia, en la mayoría de sus extremos. (*I. T. M.*)

63. El enfrentamiento entre una razón social y un signo distintivo de la propiedad industrial debidamente inscrito y el consiguiente conflicto de intereses, lo ha resuelto la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la razón social no autoriza su utilización como marca, rótulo y nombre comercial.— Representa abuso del derecho el empleo de razón social fuera de los ámbitos de su adecuada y lícita utilización.

La protección que otorga el Registro no sólo lo es a favor del titular de la marca.— Sino que también alcanza al interés general de los consumidores destinatarios de los servicios y actividades que conforman el hacer comercial.

La actuación del demandado pone de manifiesto un plan concebido para aprovecharse de la marca protegida.— Sentado el actuar de los recurrentes fuera del ámbito de la buena fe, subjetiva y objetiva, ello representa fraude legal, al buscar amparo en la sociedad expresamente creada para poder utilizar la marca inscrita y prestigiada.

Corresponde a los fundadores de las sociedades adoptar.— Las precauciones necesarias para no utilizar aquellas que puedan crear confusiónismo en el mercado e instaurar equivocaciones en los consumidores, con mayor razón en este caso, en el cual los recurrentes sabían que el titular de la marca *Limpiezas Vela* era quien la empleaba. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Demandante y demandado habían formado una sociedad dedicada a servicios de limpieza. Disuelta dicha entidad parece que decidieron distribuirse su mercado por zonas, asignándose al actor, apellidado Vela, la zona denominada «A», cuya explotación se verificaría bajo el título comercial de *Limpiezas Vela*. Sin embargo los antiguos socios se disputan la inscripción de la marca *Limpiezas Vela*, que finalmente se concedió al actor. A continuación el demandado constituye, junto con su esposa, la entidad mercantil *Limpiezas Vela*, obteniendo la inscripción registral para rótulo de su

establecimiento y ofreciendo sus servicios bajo la indicada denominación social. El actor interpuso demanda, solicitando la declaración de su derecho exclusivo a la utilización de la denominación *Limpiezas Vela* para distinguir sus servicios y la consideración de los actos de los demandados como constitutivos de competencia desleal, así como la indemnización de los daños causados, cesación y otros pedimentos. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente las resoluciones del Juzgado y el TS desestimó el recurso de casación planteado por los demandados. (L. M. L. F.)

64. Protección derecho de marca. Semejanza de signo distintivo utilizado. Apreciación de las circunstancias de manera conjunta. Individualidad de la marca.—El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. Este derecho se desdobra en dos aspectos: por un lado, uno de contenido positivo o *ius utendi*, según el cual el titular de la marca tiene las facultades de utilizar la marca en el tráfico económico y, singularmente, designar con la marca los correspondientes productos, introducirlos de esta manera en el mercado y utilizar el signo distintivo con fines publicitarios; por otro, un contenido negativo, el *ius prohibendi*, consistente en la facultad de prohibir que los terceros usen su marca a través de signos iguales o similares que puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación (arts. 30 y 12.1 LM). Existe riesgo de confusión cuando, por ser los signos semejantes, los productos que distinguen similares y el sector de los consumidores coincidente, el demandante no puede diferenciar con claridad unos de otros. Existe jurisprudencia asentada en el sentido de que, para apreciar la existencia de confusión, el juzgador no sólo deberá comparar los elementos fonéticos y gráficos de los signos enfrentados, sino que deberá tomar en consideración todas aquellas circunstancias que, en conexión con el signo, puedan tener influencia en la posible equivocación a la hora de elegir en el mercado. Sin embargo, estas circunstancias adicionales hacen referencia a particularidades de los productos que se distinguen con los signos o a especiales características del público consumidor, pero no a la adición de un conjunto de marcas individuales en un mismo producto. No puede negarse la confusión entre dos marcas que individualmente consideradas la crean (dos lengüetas en la parte trasera de un pantalón modelo «vaquero»), aludiendo al hecho de que, en el producto final, estas marcas confrontadas coexisten con otras que sí se distinguen claramente entre sí (etiquetado en la cintura de la parte trasera del pantalón modelo «vaquero», con claras diferencias de diseño). No se está ante una marca compuesta, sino ante varias marcas simples y es precisamente entre cada una de ellas donde hay que estudiar la similitud. No se trata, en fin, de determinar si por el conjunto de las distintas marcas colocadas en el producto se produce confusión en el público consumidor, sino de si la utilización por el demandado de un signo semejante a una marca previamente registrada es susceptible de confundir a los destinatarios del producto. (STS de 20 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—L. S. & Co., titular de marca registrada, insta juicio ordinario de menor cuantía contra *Tecon, S. A.*, y *S. M., S. A.*, solicitando se le reconozca judicialmente el derecho exclusivo a utilizar en el tráfico empresarial determinado accesorio textil de los panta-

lones modelo «vaquero» y, como consecuencia de tal reconocimiento, se prohíba a los demandados la incorporación a su producto de elementos similares que pueden causar confusión en el consumidor. La demanda se estima íntegramente en la instancia; recurrida en apelación, la Audiencia de Valencia revoca íntegramente la sentencia del Juzgado *a quo*. El TS estima íntegramente el recurso de la demandante-apelada. (I. T. M.)

65. Hay que estimar comprendido el supuesto en la prohibición de admitir al Registro contenida en el párrafo segundo del núm. 14 del artículo 124 del Estatuto.—De «los dibujos, reproducción de obras artísticas que estuvieren amparados por un registro anterior», supuesto que es el caso de autos, por lo que tanto aplicando las normas del Estatuto como las de la Ley 32/1988, la marca se inscribió contraviniendo las normas de marcas y a la misma le alcanza los efectos de nulidad.

Los efectos e incidencias de las marcas concedidas con arreglo al Estatuto que se produzcan después de la entrada en vigor de la Ley de 1988, se regirán sin ningún género de duda, por la nueva Ley.—Disposición ésta que tiene un indudable carácter retroactivo, posibilidad que admite el artículo 2.3 CC.

Respecto a la excepción de prescripción de la acción de nulidad de las marcas.—Ha de aplicarse sin duda alguna la ley nueva, en cuanto que la prescripción solamente se puede apreciar por los tribunales cuando hay petición o alegación de parte, y esta petición se produce cuando está ya en vigor la Ley 32/1988, que en el núm. 2.º de su artículo 48 considera imprescriptible la acción en el supuesto que el registro de la marca se hubiera solicitado de mala fe. No se puede ejercitar con éxito la excepción de prescripción porque la acción en el momento en que se ejercita, vigente la Ley 32/1988, es imprescriptible.

No existe ejercicio tardío y abusivo del derecho por impugnarse una marca registrada en 1951.— Sin oposición de quien ahora pretende ser su titular y que en 1988 vio rechazada su solicitud de inscripción por existir otra de igual configuración inscrita con anterioridad: la acción de nulidad se plantea cuando la licenciataria del impugnante es requerida por el titular registral de la marca para abstenerse de usar el personaje, sin haberse acreditado además el efectivo uso de la marca. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El personaje de Popeye se registró en la Oficina de Propiedad Intelectual el 25 de febrero de 1938, vendiéndose los derechos a *King Features Syndicate Inc.* en 1943. La divulgación del personaje en España tuvo lugar a partir de 1935, siendo notoriamente conocido a finales de los años treinta. En 1951 la empresa del sector de la alimentación *Granja La Luz, S. A.*, registró dos marcas en nuestro país con el nombre y la figura de Popeye, sin que conste probado que llegara a poner el mercado productos con esas marcas. *Industrias Revilla, S. A.*, contrata con *King Features Syndicate Inc.* el uso de los derechos de propiedad intelectual del personaje Popeye para Europa, y, cuando comienza la promoción y venta de productos alimenticios con dicho personaje, es demandada por *Granja La Luz* para que cese en dicha actividad, retire los productos y mate-

rial publicitario en que figure la marca Popeye e indemnice daños y perjuicios. *Industrias Revilla, S. A.*, reconviene, alegando la nulidad o caducidad de la marca registrada, y como *King Features Syndicate Inc.* había demandado a su vez a *Granja La Luz*, solicitando la declaración de su derecho de propiedad intelectual sobre la representación gráfica de Popeye y la nulidad de las marcas inscritas por la demandada, se solicitó y acordó la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de *Granja La Luz* y estimó la reconvenición de *Revilla* y la demanda de *King Features*, declarando que los derechos de propiedad intelectual sobre el personaje pertenecen a esta última sociedad y que las marcas registradas por *Granja La Luz* son nulas. La Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento de primera instancia, y el TS desestimó el recurso de casación planteado por *Granja La Luz*.

NOTA.—La sentencia resulta criticable desde la estricta lógica jurídica por dos motivos: invoca la DT 2.^a de la Ley 32/1988 en un caso de nulidad de marca, y por tanto en un supuesto que difícilmente puede considerarse como de marca concedida conforme a lo dispuesto en el Estatuto de la Propiedad Intelectual; además entienden que la norma aplicable a la prescripción es la vigente cuando se alega la excepción correspondiente, con independencia, al parecer, de que el plazo de prescripción se hubiera completado durante la vigencia de la ley anterior; quizá hubiera sido mejor entender que el plazo de prescripción extintiva no puede actuar con independencia de la usucapión, e intentar descartar que esta última se produjera en el caso planteado, pero ésta sería otra historia que rebasa el alcance de esta breve nota. (*L. M. L. F.*)

66. El prevalimiento de los conocimientos comerciales, y la deslealtad de esa conducta del demandado, son reveladoras para integrar la conducta reprobable de mala fe.—Y en ese caso, naturalmente, considerar que la exclusión del apartado 2.º del artículo 3 y, en su caso, la del artículo 48-2 de la Ley de marcas, de la prescripción a los efectos del ejercicio de la acción impugnatoria, es indiscutible.

Con independencia de que la notoriedad tenga que partir de un marco concreto de proyección del uso de los productos que ampara la marca.—Y que hasta se pueda cuestionar si ese conocimiento era notorio a nivel general, no sólo en el sector, sino con una elemental difusión dentro del mercado, no obstante, y pese a ello, lo que desde luego, en caso alguno, puede eludirse en la recta integración de la Sala sentenciadora y su juicio calificador es la actuación evidentemente de mala fe por parte de la demandada.

Para otorgar al nombre comercial —y también por extensión a la marca— la protección legal en los términos de la normativa española, no se exige por la normativa unionista formalidad alguna cuando aquél sea la denominación o razón social.—Según la normativa del país de origen y sin que tampoco se precise el uso en España, sino que basta demostrar su utilización antecedente en el país de origen, signatario del Convenio de París. (**STS de 21 de julio de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La marca FANATIC fue inscrita por la demandante en la Oficina Federal de Patentes de la República Federal Alemana

el 21 de noviembre de 1982; la demandada, conocedora de la marca por haber actuado como importadora de la misma, rompe sus relaciones comerciales con la demandante e inscribe la marca en el Registro de la Propiedad Industrial Español el 21 de abril de 1984, con idéntico diseño gráfico y para identificar unos productos coincidentes con los de la demandante. Promovida demanda sobre nulidad de inscripción y otros pedimentos la demandada reconviene, solicitando, entre otros pedimentos, que se declare su derecho exclusivo a utilizar la marca en el mercado español y que la actora cese la introducción de productos con la marca FANATIC, alegando la prescripción de la acción de la demandante o la inexistencia de prioridad en el uso de la marca. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvenición; la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia del Juzgado, salvo en lo concerniente a la indemnización de unos daños y perjuicios que no habían sido acreditados; el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. M. L. F.*)

67. Propiedad Industrial. Modelo de utilidad.—La jeringuilla hipodérmica propuesta cumple con la doble exigencia: novedad, al no estar anticipado en el estado de la técnica y utilidad por respetar ese beneficio o mejoramiento en la analítica sanguínea correspondiente (aspiración del líquido sin ejercicio de fuerza en el pistón y tirante flexible en su estructura) por lo que es merecedora del derecho de exclusiva que tal figura de la propiedad industrial atribuye. (**STS de 12 de mayo de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—*Nirco, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6, de Barcelona demanda contra la entidad *Sta. Te, SRL*, pidiendo la nulidad de las reivindicaciones de un modelo de utilidad de que es titular demandada. La sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora. Recurrida en apelación la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia recurrida. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (*N. D. L.*)

68. No es preciso que los sujetos –agente y paciente– del acto de competencia desleal sean empresarios, ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia.—Basta que el acto se realice «en el mercado» y «con fines comerciales». El artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal permite ejercitar las acciones contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto, o haya cooperado a su realización. Tan sólo la acción de enriquecimiento injusto habrá de dirigirse contra el beneficiario.

No puede la recurrente pretender ampararse con la interposición de una sociedad, a la cual pertenece y a la par gestiona.—Porque ello supondría consagrar un genuino fraude de ley, pretendiendo la inaplicación de una norma legal, cuando los hechos probados de la sentencia recurrida proclaman su participación efectiva en actos de competencia desleal.

El artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores.—Regula la prohibición de la concurrencia por Convenio y fija un límite temporal y la ilicitud radica en la mera y sola concurrencia, pero la acción ejercitada en la litis no

es contra esta actividad del artículo 21 del Estatuto de los trabajadores, sino la practicada por medios reprobables.

La actuación como testaferra o persona interpuesta por su cónyuge para fundar la sociedad demandada.—Aunque sea como mera socia y mientras dicho cónyuge trabaja en la empresa de la actora para aprovecharse ilícitamente de sus modelos y prácticas, es actividad de cooperación suficiente para incardinarse en el primer inciso del artículo 20.1 de la citada Ley de Competencia Desleal. (STS de 18 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—David G. S. y María N. T. fundaron la sociedad demandada con otros dos accionistas minoritarios. David G. S. había sido trabajador de la sociedad demandante y Sergio A. A., esposo de María N. T., siguió siéndolo hasta que fue despedido por aprovecharse ilícitamente de los modelos y prácticas de su patrón, momento en el cual se incorporó a la sociedad demandada. La actora promueve juicio declarativo contra la sociedad fundada por David G. S. y María N. T., contra éstos, y contra Sergio A. A., por vulneración de derechos de propiedad industrial e intelectual y competencia desleal, solicitando que la demandada cese en la comercialización de diversos elementos coincidentes en sus características con modelos de utilidad registrados por la actora, y retire del mercado los catálogos para la presentación de sus productos que imitan los registrados por la demandante. Además se pedía que los demandados cambiaran la representación gráfica de los catálogos futuros, indemnizaran los daños y perjuicios, pagaran los ingresos que por enriquecimiento injusto hubieran obtenido en el desarrollo de su actividad ilícita, publicaran a su costa la sentencia en el diario de mayor circulación, y fueran condenados en las costas. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando a la sociedad actora a cesar en la comercialización de los elementos y a retirar del mercado los catálogos, pero absolviendo a los restantes demandados de todos los pedimentos. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de la actora, declarando que David G. S., Sergio A. A. y María N. T. habían cooperado a los actos de competencia desleal. El recurso de casación interpuesto por estos últimos es desestimado por el TS. (L. M. L. F.)

69. Concepto de consumidor o usuario.—La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor o usuario. Según el artículo 1, apartados 2 y 3, LGDCU, se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a aquellos sujetos que adquieren bienes para destinarlos a sus actividades empresariales o profesionales, de modo que no son sus destinatarios finales. (STS de 16 octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Municipalia, S. A.*, adquirió una impresora de la entidad *Desktop Publishing, S. A. Municipalia, S. A.*, presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra las empresas *Desktop Publishing, S. A.*, y *Hewlett Packard* y don Luis C., en la que solicitaba que se declarase la obligación de los demandados de entregar la impresora junto con su documentación o bien que, de forma subsidiaria, se declarase rescindido el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda dirigida contra don Luis C. y *Desktop Publishing* y absolvió a la empresa *Hewlett Packard*. Los demandados condenados interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Este recurso fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, que extendió la condena a la empresa *Hewlett Packard*. La empresa *Hewlett Packard* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial y alegó la infracción de diversos preceptos de la LGDCU, ya que entendía que la LGDCU no era aplicable al caso porque la empresa demandante no podía ser considerada como consumidor. El TS considera que la empresa *Municipalia, S. A.*, no tiene la consideración de consumidor porque adquirió la impresora para su actividad de publicación y no para un uso doméstico. Sin embargo, no estima el recurso porque la sentencia de la Audiencia Provincial tiene una doble argumentación y la parte recurrente sólo ha combatido uno de los argumentos. En concreto, la Audiencia Provincial fundamenta su decisión básicamente en la existencia de un contrato de agencia entre *Hewlett Packard* y el señor C. y este fundamento no ha sido debatido por la parte recurrente.

NOTA.—En esta sentencia se discute si una empresa, cuando adquiere un bien que utiliza durante el desarrollo de su actividad, se puede considerar consumidor. La LGDCU, en su artículo 1, apartados 2 y 3, establece que sólo es consumidor el destinatario final, es decir, aquella persona que adquiere un bien para satisfacer sus necesidades personales o familiares. Esto supone que no se considere consumidor a aquella persona que destina los bienes adquiridos a la fabricación de productos, ya sea porque aquel bien es utilizado durante el proceso de fabricación, ya sea porque ese bien pasa a ser parte integrante del producto. En el caso examinado en la sentencia, la empresa demandante utilizaba la impresora durante el desarrollo de su actividad de publicación. Por tanto, el TS estima, correctamente, que no era destinataria final, ya que incorporaba el bien adquirido al proceso productivo. Sin embargo, como es sabido, existe una noción más amplia de consumidor, que entiende que es consumidor aquella persona que adquiere los bienes para un uso no profesional, es decir, para una actividad ajena a su actividad profesional, aunque no sea el destinatario final. Esta noción parece recogerse en normas más recientes como son la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Ley de Crédito al Consumo o la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. (M. V. V.)

70. Contrato de mediación. Requisitos para el nacimiento de los derechos y obligaciones del mediador.—Sólo si el mediador ha contribuido eficazmente a que las partes concluyan el negocio, nacen sus derechos y obligaciones. En concreto el devengo de honorarios se encuentra supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra.

Recurso de casación por infracción de normas: deben tener categoría de ley o asimiladas.—Las cuestiones objeto de debate en un recurso de casación deben basarse en normas con rango de ley o asimiladas salvo que la

norma invocada con rango inferior a la ley sea complementaria o esté íntimamente ligada a la norma legal. (STS de 21 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de noviembre de 1989, E. G. I. y T. G.-V. G. concluyeron un contrato de mediación o corretaje. El 2 de julio de 1990 fue otorgada escritura de compraventa de una farmacia siendo T. G.-V. G la compradora, y sin que para su conclusión se hubiese aprovechado de las gestiones del mediador, E. G. I. Éste interpuso acción de reclamación de cantidad por comisión por corretaje contra T. G.-V. G. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, resolución que es revocada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Una de las cuestiones más debatidas en relación con el contrato de mediación se refiere al momento en que nace el derecho a la retribución del mediador; la sentencia analizada utiliza el término *conclusión* del negocio principal para referirse a este momento. Según Ruiz Rodríguez Villa, D., el derecho a la retribución nace con la *perfección* del contrato, con independencia de que luego no llegue a consumarse por causas imputables a los contratantes (*El contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, ed. Aranzadi, Elcano, 2000, p. 461.). También Díez Picazo, L., y Gullón, A., llegan a la misma conclusión citando a este propósito el artículo 23 del Real Decreto de 19 de junio de 1981 por el que se aprueban los Estatutos de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, y que recoge esta postura doctrinal (*Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 742, nota núm. 2). (B. F. G.)

71. Naturaleza del contrato de agencia y concesión.—Por el contrato de agencia una persona (el agente) se compromete a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena. Dicho contrato se caracteriza por las notas de continuidad y de no asunción por parte del agente del riesgo y ventura de tales operaciones, salvo pacto expreso en contrario. En el contrato de concesión o distribución, sin embargo, las operaciones comerciales que lleva a cabo el concesionario se limitan a la venta y postventa de determinados productos y suele implicar un pacto en exclusiva entre proveedor y distribuidor. La diferencia fundamental entre ambos contratos radica en la nota de *independencia* que en el agente es esencial (art. 2 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia) pero que puede faltar en la concesión.

Normativa aplicable en casos de concesión y agencia simultánea.—Pueden darse casos en los que nos encontremos ante una concesión que es también agencia, esto es cuando las notas de agente y concesionario recaen sobre la misma persona que es, por tanto, independiente del concedente: en estos supuestos regirá la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia tanto para la rescisión como para la indemnización, rigiendo a falta de norma especial las normas generales contenidas en los artículos 1101 y ss. CC y 1124 CC.

Sucesión de persona física por la jurídica: relevancia sólo formalista.—El hecho de que una persona física sea sucedida por una persona jurídica no implica que no pueda existir una real continuidad sustancial en los cometidos realizados hasta ese momento por la persona física.

Indemnización por clientela: artículo 28 de la Ley de agencia.—El agente que ha creado una clientela que antes no existía tiene derecho a una indemnización por clientela cuando tenga lugar la extinción del contrato de agencia siempre que su actividad anterior pueda seguir reportando ventajas al empresario.

Indemnización por daños y perjuicios: artículo 29 de la Ley de agencia.—La indemnización de daños y perjuicios por extinción anticipada del contrato de agencia tiene lugar cuando dicha terminación se produce por denuncia unilateral salvo que ésta sea justificada.

Interpretación de la DT única de la Ley de agencia.—La literalidad de la DT única de la Ley de agencia implica que todos los preceptos de dicha ley deben ser aplicados a partir del 1 de enero de 1994; por tanto, la indemnización por clientela regulada en su artículo 29 se aplicará proporcionalmente a un contrato concluido con anterioridad a dicha fecha y extinguido después, en función de la duración de la relación contractual desde el 1 de enero de 1994. (STS de 16 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de abril de 1971, *Hoechst Ibérica, S. A.*, y M. M. L. concluyeron un contrato de representación mercantil por el que el segundo se comprometía a actuar en interés de *Hoechst Ibérica, S. A.*, en la promoción de los productos reprográficos de la misma. M. M. L. sería, asimismo depositario de los materiales suministrados y su remuneración se llevaría a cabo a través de comisiones. Del contrato se deriva igualmente un pacto en exclusiva entre ambas partes. El 9 de abril de 1991 se constituyó la sociedad familiar *Mimbela, S. L.*, cuyo administrador único era M. M. L. El mantenimiento de las relaciones comerciales con dicha sociedad por *Hoechst Ibérica, S. A.*, hace suponer al TS que aceptó la sucesión de la persona física por la jurídica.

La venta a otras firmas por parte de *Hoechst Ibérica, S. A.*, llevó a que fuese demandada por M. M. L. que reclamaba el abono de daños por comisiones o descuentos correspondientes a las ventas realizadas dentro de la zona de exclusiva del demandante, así como la indemnización por clientela regulada en la Ley de agencia, o por daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda que fue en cambio estimada parcialmente por la Audiencia Provincial. Ambas partes recurren en casación.

NOTA.—La sentencia analizada parece considerar que el contrato de agencia del supuesto de hecho se extinguió por denuncia unilateral del agente. No parece del todo inadecuado, sin embargo, entender que lo que tuvo lugar fue una resolución del contrato por las razones que a continuación se exponen y que guardan también relación con la indemnización de daños y perjuicios a la que igualmente hace referencia el Alto Tribunal en esta sentencia.

Tal y como afirma Soria Ferrando, J. V., «aunque la denuncia y la resolución del contrato poseen la analogía de que son una facultad concedida a cada una de las partes de dar por finalizada la relación obligatoria, [...] no tienen su fundamento en una razón homogénea» (*El agente de comercio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 131). La denuncia unilateral se caracteriza por no necesitar ir acompañada de una causa que justifique la extinción del contrato

por una de las partes (art. 25 Ley 12/1992) mientras que la resolución debe fundarse en causas especialmente contempladas por la ley que, en el caso del contrato de agencia se encuentran recogidas en el artículo 26 de la Ley 12/1992. Siendo esto así no se comprende por qué razón el TS hace referencia a la existencia de *justificación* para apoyar la denuncia unilateral de M. M. L.: si el agente del caso analizado decidió dar por terminada la relación contractual fue por el incumplimiento por la otra parte de una de las obligaciones del contrato (pacto en exclusiva), que constituye la causa de resolución contemplada en el apartado *a*) del artículo 26 de la Ley de agencia.

En relación con la indemnización de daños y perjuicios la sentencia analizada apela al artículo 29 de la Ley de agencia que, sin embargo, se refiere al supuesto en el que es el empresario, y no el agente, quien denuncia unilateralmente el contrato. Habría sido más adecuado, a nuestro entender, acudir al artículo 30 del mismo texto legal que exceptúa de la indemnización de daños y perjuicios los casos de denuncia del contrato por parte del agente «salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario [...]». Nótese que la propia ley confunde las categorías jurídicas al utilizar *denuncia unilateral* cuando el caso que contempla la norma es, por definición, de *resolución*. (B. F. G.)

72. Directivas comunitarias.—La entrada en vigor de una directiva comunitaria no implica su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ya que no es de aplicación directa. La disposición de una directiva no puede ser invocada contra un particular porque dichas normas no pueden crear por sí solas obligaciones a cargo de éste.

Agente y distribuidor en exclusiva: diferenciación.—El artículo 1.2 de la Directiva 86/653/CE se refiere al agente comercial como un intermediario independiente encargado de forma permanente de negociar la venta y compra de mercancías por cuenta, o en nombre y por cuenta, del empresario. El distribuidor en exclusiva se diferencia de la figura anterior en que actúa en su propio nombre asumiendo el riesgo comercial de las operaciones de reventa de mercancías que son propiedad del propio distribuidor. Se trata de un contrato de naturaleza atípica con elementos de suministro con exclusiva de venta y agencia, o de venta y arrendamientos de servicios. (STS de 24 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 15 de marzo de 1986, A. M. P. y *Mataderos Industriales Soler, S. A.*, concluyeron un contrato por el que el primero se comprometía a llevar a cabo la venta de los productos de la segunda en su propio nombre y asumiendo el riesgo comercial de tales operaciones. *Mataderos Industriales Soler, S. A.*, formuló demanda contra la otra parte contratante sobre reclamación de cantidad. El demandado A. M. P. formuló reconvencción por la que solicitaba la rescisión del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda. A. M. P. recurre en casación alegando la vulneración de la aplicación de la Directiva 86/653/CEE.

NOTA.—La Directiva 86/653/CEE ha sido incorporada a nuestro Derecho interno por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, que no es aplicable en este caso concreto ya que su DT dispone que «hasta el día 1 de enero de 1994, los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor». (B. F. G.)

73. Contrato de concesión. Aplicación de la prohibición del artículo 85 del Tratado CE.—Ha de considerarse incurso en la prohibición de dicho precepto porque se trata de un contrato entre una empresa con forma de sociedad anónima y un empresario individual cuyas cláusulas esenciales indudablemente tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último. La circunstancia de que lo sometido a la consideración sea un solo contrato, no una serie de contratos similares destinados a producir efectos en una misma zona, y el hecho de que se concertase entre empresas españolas y para producir sus efectos solamente en las Islas Canarias, no deben excluir el contrato del ámbito de la prohibición, porque al imponerse por el proveedor al revendedor la compra exclusiva de todos los productos, impide, cuando menos indirecta y potencialmente, la entrada de productos procedentes de otros Estados miembros. Y, porque el contrato litigioso versa sobre productos que, como los carburantes y los combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio.

Infracción del Reglamento 1984/83 relativo a la aplicación del apartado 3.º del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.—La extensión de la exclusividad a todos los «productos de apoyo para automoción» y «con absoluta prohibición de toda otra concurrencia» [cláusula 4.II.a)], o con reserva de la concedente para «variar los precios de venta al público» (cláusula 4.II «precios»), y debiendo el proveedor «exponer al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente, a los precios establecidos oficialmente o, en defecto de tasa oficial, a los que lo fueren por aquélla» [cláusula 4.II.e)], supone un control absoluto del proveedor que alcanza incluso a todos los productos de la tienda tanto en orden a sus eventuales proveedores como en orden a los precios [cláusula 12.A, apartados b), d), e i)], hasta el extremo de contemplarse como causa de extinción del contrato la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados» [cláusula 14.e)]. Se trata, en definitiva, de cláusulas que el artículo 12 del Reglamento considera exorbitantes respecto de las permitidas según el artículo 11. La exclusividad impuesta en el contrato a los lubricantes (según las mismas cláusulas ya señaladas más la de adquisición de un mínimo de volúmenes trimestrales, 4.II.b)]) no cumple la condición del artículo 11.b) del Reglamento, esto es, que el proveedor hubiera puesto simultáneamente a disposición del revendedor un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase, ya que en el contrato litigioso nada se prevé al respecto. Además, como señaló la Comunicación de la Comisión 84/C101/02, el artículo 11.b) solamente ampara los lubricantes destinados a la prestación de un servicio que realice el revendedor, de suerte que según el Reglamento el proveedor «es libre de comprar dichos productos a terceras empresas con objeto de revenderlos en la estación de servicio», debiendo entenderse por «productos petrolíferos afines a los lubricantes, los

aditivos y los líquidos de frenos». Se dan, así, otra vez cláusulas exorbitantes según los apartados *a)* y *b)* del artículo 12.1. Y en tercer lugar, el control igualmente absoluto del proveedor sobre la publicidad [cláusula II.n)] excede también lo que permite o autoriza el artículo 11.c) del Reglamento.

Nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.—El contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 LDC interpretado según el Derecho comunitario, entendiéndose que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual por la Comisión. El alcance de esta nulidad debe ser el contemplado en el artículo 6.3 CC, por contrariedad del contrato litigioso con normas prohibitivas. En consecuencia, no habiendo llegado a iniciarse en el caso examinado la ejecución del contrato, la nulidad debe traducirse en que éste no comience a producir sus efectos. La nulidad, además, ha de ser total, porque las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. A este respecto es bien significativo que en el propio contrato se contemple como causa de extinción la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados por la concedente» o que su cláusula 12 E c) declare expresamente que el convenio constituye «un todo unitario de contratación». En definitiva, procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato. (STS de 15 de mayo de 2000; ha lugar al recurso interpuesto por DISA y no ha lugar al recurso interpuesto por don J. C. C. C.)

HECHOS.—Don J. C. C. C. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria demanda contra las compañías mercantiles *Distribuidora Industrial, Sociedad Anónima (DISA)*, y *Prodalca España, Sociedad Anónima*, reclamando el cumplimiento del contrato de cesión celebrado con la primera con indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del celebrado entre las entidades demandadas. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto a la validez del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por don J. C. C. C. y haber lugar al planteado por *Distribuidora Industrial, Sociedad Anónima*. (N. D. L.)

74. Contratos bancarios. Cuentas indistintas.—La titularidad indistinta de una cuenta corriente bancaria lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.

Donación remuneratoria. Inexistencia.—Los fondos de que se nutrieron las cuentas procedían siempre del padre de los demandantes y, el traspaso de fondos a una cuenta de la exclusiva titularidad de la recurrente lo llevó a cabo

solamente ésta, una vez fallecido aquél, esto es, una vez abierta su sucesión y, evidentemente, cuando el supuesto donante no podía ya realizar el acto gratuito de disposición o atribución patrimonial en que la donación consiste según nuestro Código civil. (STS de 29 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. O. M. y doña C. M. G., ésta como representante legal de sus hijos menores de edad C., F. y S. O. M., interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina contra doña P. A. P. reclamando la titularidad del saldo de unas cuentas corrientes de las que era titular el fallecido padre de los demandantes, indistintamente con la demandada. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

75. La cotitularidad en cuenta corriente no es comunidad de bienes.—En el contrato de cuenta corriente la relación jurídica se establece entre el depositante de los fondos, único dueño de los mismos, y el banco depositario. La existencia de varios cotitulares implica que en favor de todos ellos existe una disponibilidad de dichos fondos contra el Banco que los retiene sin que ello implique un condominio. La titularidad de los mismos viene determinada únicamente por las relaciones internas entre depositante y depositario y, en concreto, por la propiedad originaria del numerario que nutre dicha cuenta.

Doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.—La Caja de Ahorros depositaria de los fondos de una cuenta corriente no es titular del interés que se requiere para la existencia de litisconsorcio pasivo necesario. Éste tiene lugar respecto de aquellos sujetos titulares de derechos que se integran en la relación jurídico material que se debate; su finalidad no es otra que evitar que la sentencia caída en un proceso afecte de modo directo y perjudicial y con efectos de cosa juzgada a personas que no han sido parte en el proceso y que, por tanto, no han tenido la posibilidad de ser oídas y de defenderse. En este sentido, es insuficiente la existencia de un mero interés en el resultado del litigio.

Doctrina de los actos propios.—La doctrina de los actos propios requiere que el acto en cuestión tenga un significado y una eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada, es decir, que exista una incompatibilidad o contradicción entre la conducta anterior y la pretensión actual. Dichos actos, además, deben poder ser calificados de concluyentes, indubitados y con plena significación inequívoca. (STS de 31 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—F. A. M. concluyó un contrato con E. de la F. G., M. A. A. M. y M. A. F. A. en virtud del cual éstos figurarían como cotitulares de dos cuentas corrientes depositadas en la *Caja de Ahorros del Mediterráneo* abastecidas con fondos de la exclusiva pertenencia de F. A. M. Posteriormente este último ejercitó acción reivindicatoria contra los cotitulares de las cuentas corrientes, acción que fue estimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia, como por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Cabe preguntarse cuál habría sido la decisión del TS si la propiedad originaria de los fondos no hubiese estado tan clara como en el supuesto de hecho de la sentencia analizada. La cuestión

que se plantearía en estos casos es la determinación de la titularidad de los fondos. A este propósito pueden distinguirse dos corrientes jurisprudenciales: por una parte aquellas sentencias que aplican el artículo 1138 CC para estos supuestos de tal manera que los fondos depositados se dividen en partes iguales entre los cotitulares (SSTS de 12 de marzo de 1987 y 21 de noviembre de 1994). Por otra parte aquellas otras en las que se afirma que no cabe la atribución por partes iguales pretendida por la postura anteriormente expuesta, ya que se trata de una cuestión de prueba dentro de las relaciones internas entre los titulares bancarios (SSTS de 19 de diciembre de 1995, 5 de julio de 2000 y 25 de mayo de 2001). Destaca especialmente la STS de 7 de julio de 1992 en la que los herederos de uno de los cotitulares solicitan la totalidad de los fondos al Banco depositante. Ante su negativa dichos herederos interponen acción contra el mismo, acción que se acumula a la ejercitada por el cotitular superviviente cuya solicitud posterior del 100 por 100 de los fondos fue igualmente desatendida por el Banco. La aplicación de las reglas de la solidaridad activa llevan al TS a conceder el 100 por 100 de los fondos a los herederos por haber sido los primeros en solicitarlo, sin entrar en el tema de la titularidad de los fondos. La cuestión que debería plantearse es si en el caso de cotitularidad de cuentas corrientes en el que el régimen de la solidaridad activa se establece en interés, no ya del Banco deudor, sino de los propios acreedores solidarios, el ejercicio contradictorio de la solicitud del crédito no implicaría la extinción de la solidaridad activa. Podría incluso irse más allá y entender que en este tipo de supuestos la relación entre los acreedores solidarios se basa en la confianza por lo que podría configurarse como un mandato recíproco que, por tanto, se extingue por la muerte de uno de ellos (art. 1732 CC). (B. F. G.)

76. Contrato de seguro. Infarto de miocardio causa excluida del concepto de accidente corporal.—En el infarto de miocardio objeto del litigio no existe la dinámica externa y violenta propia del accidente corporal, ya que el actor padeció una angina de pecho diagnosticada hace diez años, tampoco se ha comprobado que el infarto tuviese alguna causa externa determinante de producción fuera de la puramente orgánica, pues, del propio relato de los hechos constatados se deriva que el mismo se produjo, sin más, cuando el actor, veterinario de profesión se dirigió a su lugar de trabajo. Tesis contraria implicaría calificar de accidente corporal cualquier enfermedad o deterioro permanente en la salud del asegurado, que, exclusivamente, proviniese de su estado psicosomático o naturaleza corporal deficitaria. (STS de 20 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. R. G. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete, demanda contra *Previsión Sanitaria Nacional* sobre reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Albacete estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró que había lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

77. La previsión del artículo 48, párrafo segundo, LCS.—Que recoge una manifestación normativa específica para el seguro de incendios de la norma genérica del artículo 19 de la propia Ley, requiere para su aplicación que el supuesto fáctico, consistente en que el incendio se haya *originado* por dolo o culpa grave del asegurado, se haya planteado y debatido en el proceso, sin que baste para tal aplicación que resulte de las pruebas practicadas.

El deber de información de la agravación del riesgo viene atribuido por el artículo 11 al tomador o al asegurado.—A diferencia de lo que ocurre con el deber de información, antes de la celebración del contrato, acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que corresponde al tomador del seguro (art. 10 párrafo primero). Cualquiera de los dos puede cumplir el deber, pero en modo alguno el asegurado se puede excusar en el tomador cuando conoce, y además es singularmente responsable de las circunstancias que determinan la agravación.

En cuanto a la agravación del riesgo.—Es tan clara la base fáctica (incendios repetidos en el local, requerimientos del Ayuntamiento y de la Presidencia de la Comunidad, etc.) que resulta carente de explicación del dueño de la finca asegurada, y justifica la calificación de haber actuado de mala fe efectuada por la resolución recurrida, tanto más si se tiene en cuenta que este aspecto no se ha planteado adecuadamente en la casación. (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un local comercial reclama de la aseguradora la indemnización de los daños derivados de un incendio, más el 20 por 100 de recargo previsto en el artículo 20 LCS. El seguro era del tipo multirriesgo de comunidades y había sido concertado por la comunidad de propietarios, alegando la aseguradora que el asegurado había actuado con mala fe al omitir la comunicación de circunstancias sobrevenidas que agravaban el riesgo y concretadas en el estado de abandono del local comercial, acreditado por incendios repetidos en el mismo y requerimientos por parte del Ayuntamiento y de la Presidencia de la Comunidad. En primera instancia y en apelación se absuelve a la aseguradora, en este último caso por entender la Audiencia Provincial que los daños fueron provocados como consecuencia del mencionado estado de abandono, y por tanto existiendo dolo o culpa grave del asegurado. En el recurso de casación se argumentaba que el dolo o culpa grave del asegurado en relación con el incendio no había sido alegado por la aseguradora en ningún momento, y que era el tomador del seguro y no el asegurado quien debía notificar la agravación del riesgo. El TS acoge el recurso en cuanto a la improcedencia de imputar el incendio al asegurado, pero mantiene el fallo recurrido por entender que el asegurado también viene obligado a efectuar esa notificación, que el abandono del local constituye circunstancia que agrava el riesgo, y que la ausencia de notificación por el asegurado, que además es singularmente responsable de la agravación, implica mala fe a efectos de aplicar la liberación del asegurador contemplada en el artículo 12 LCS. (L. M. L. F.)

78. Seguro de responsabilidad civil del cazador. Menor no asegurado.—El artículo 3 de la Ley de caza define como cazador toda persona

mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza, añadiéndose que para obtener la licencia de caza el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente le represente. En este supuesto, el autor material de los daños fue el menor de edad, que no podía estar asegurado, precisamente, por su inidoneidad al respecto, salvo que, naturalmente, hubiera existido un seguro donde figurase éste como beneficiario con la habilitación negocial por parte de sus representantes, pero, que tampoco, dicho menor de edad tenía la consideración de cazador, o sea, no sólo no estaba asegurado, sino que tampoco podía ser cazador, ya que, para ello era preciso que tuviese la licencia correspondiente, licencia que es un requisito formal posterior a la previa autorización por parte de los padres.

Responsabilidad del Fondo de Compensación de Seguros.—El Fondo de Compensación de Seguros no puede responder dado que la inexistencia del seguro obligatorio que amparase al menor, no es por una falta de diligencia imputable voluntariamente a quien ejercitando dicha actividad no cumple con la obligación de concertar el correspondiente seguro obligatorio, sino que lo es, por causa de auténtica imposibilidad, ya que, ese menor no podía estar asegurado, como tampoco podía ser cazador. (STS de 25 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. S. G. en su nombre y en representación de su hijo don M. C. S., doña A. I. C. S. y doña C. C. S. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Purchena demanda por responsabilidad civil contra los padres y hermano de un menor, la *Compañía de Seguros Reunión* y el *Consortio de Compensación de Seguros* por causa de la muerte accidental del esposo de la demandante, y padre de los codemandantes. El Juzgado de Primera Instancia al apreciar de oficio la excepción de litis consorcio pasivo necesario dictó sentencia absolutoria. Recurrida en apelación la Audiencia Provincial de Almería estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

79. Aval a primer requerimiento. Concepto.—Se trata de una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía.

Carga de la prueba del cumplimiento de la obligación.—Es suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1258 CC, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la

prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal. (STS de 5 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla demanda contra la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, reclamando el cumplimiento de un aval a primer requerimiento. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Impugnación de acuerdos de la Junta. Acuerdos adoptados bajo el régimen de la Ley de 1951: plazo de caducidad.—El plazo de caducidad de un año del artículo 116.1 LSA-TR 1989 es aplicable a los acuerdos adoptados bajo el régimen de la LSA 1951, sobre la base de suplir el silencio de las disposiciones transitorias de aquella mediante la DT 4.ª CC y, en consecuencia, distinguir el respeto a los derechos nacidos bajo una norma anterior de la duración y ejercicio de las acciones para hacerlos valer. Debe distinguirse entre lo que es el derecho en sí, y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero, en su existencia y términos, con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se atemperará al momento en que haya de tener lugar, y al derecho adjetivo que entonces rijan; se trata de una mutabilidad del ejercicio de los derechos, frente a la invariabilidad del derecho subjetivo, y puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. Literalmente la interpretación que procede hacer de la norma que analizamos debe referirse al «ejercicio», a la «duración» y al «procedimiento» para hacer valer los derechos y las acciones, interesando en el caso de autos sólo la «duración» de los mismos en cuanto a su ejercicio. Esta duración está directamente relacionada con la prescripción extintiva y con la caducidad, encarnando estas dos instituciones la afección del derecho o la acción al tiempo; siendo coherente que el paso del tiempo en el ámbito de la creación del derecho objetivo, mediante el cambio legislativo, afecte también al régimen de la prescripción y de la caducidad de un derecho o acción, aunque hayan nacido con anterioridad. Cuando se presenta la demanda origen de esta litis, ya estaba vigente la nueva LSA del año 1989, y aplicando el verdadero sentido interpretativo de la norma legal, que precisamente cita el recurrente (DT 4.ª CC) es obligado tener en cuenta el íntegro contenido del artículo 116 de esta nueva legislación, por cuanto en el mismo se regula «el ejercicio, la duración y el procedimiento» para hacer valer la acción de nulidad que se postula. Y no caben distinguiendo de clase alguna en la aplicación retroactiva de estas normas de carácter adjetivo, pues en el tantas veces citado artículo 116 de la nueva Ley, se dan normas referidas, no sólo al tiempo de duración de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, sino también del comienzo del cómputo de los mencionados plazos.

Acuerdos no susceptibles de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil bajo la ley de 1951.—El cómputo de los plazos de caducidad se inicia en la fecha de publicación de los acuerdos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, BORME, si los acuerdos fueran inscribibles, en tal caso faltaría un presupuesto de aplicabilidad de la nueva norma respecto de algunos de los acuerdos impugnados, inscribibles e inscritos en el Registro

Mercantil pero lógicamente no publicados en el *BORME* porque el Boletín fue consecuencia precisamente de la nueva normativa (DF 1.ª, 3.ª y 4.ª de la Ley 19/1989) en cuanto clave del nuevo régimen de publicidad que por imperativo de la primera directiva comunitaria de sociedades instaura la nueva Ley, según rezaba la Exposición de Motivos del RD 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el por entonces nuevo Reglamento del Registro Mercantil según ordenaba la DF 4.ª de la Ley 19/1989; y desde este punto de vista no sería irrazonable la solución adoptada por el Tribunal de instancia, es decir, que el término inicial del cómputo del plazo de un año fuera la fecha de entrada en vigor de la LSA-TR 1989, coincidente a su vez con la entrada en vigor de la Ley 19/1989 (DD del RDLeg 1564/1989 por el que se aprobó aquel TR y DF 3.ª de la Ley 19/1989). Pero dicha solución del Tribunal de instancia carecería de sustento en norma alguna y, además, seguiría contando con el inconveniente de prescindir de la publicación del acuerdo en el *BORME*. De aquí que, ante el silencio de la Ley 19/1989 y del RDLeg 1564/1989 sobre régimen transitorio en la materia específica de caducidad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, deba aplicarse la DT 4.ª CC, tomando como fecha inicial del cómputo del plazo de un año la de adopción del acuerdo y, si éste fuera inscribible, a lo sumo la de su inscripción en el Registro Mercantil, ya que de otro modo se daría el contrasentido de que los acuerdos sociales inscribibles adoptados bajo la vigencia de la normativa anterior pudieran quedar indefinidamente bajo la amenaza de una acción de impugnación no sujeta a plazo alguno por no ser publicables en el *BORME*, consecuencia a todas luces incompatible con la nueva normativa y con el espíritu general que la presidió.

Voto particular.—La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 reconoce al accionista una facultad, la de impugnar los acuerdos sociales que estime contrarios a la ley y esta facultad carece de plazo de caducidad específico, por lo que se aplica el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964, 2.º inciso, CC, de quince años. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 impone al ejercicio de esta facultad el plazo de caducidad de un año. Este nuevo plazo anual se impone, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, el 1 de enero de 1990 computando a partir de este día dicho plazo, pero sin que ello signifique que los acuerdos tomados antes de un año, queden automáticamente inimpugnables por haber transcurrido el nuevo plazo de caducidad. Por las siguientes razones: la DT 4.ª CC dispone que «las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente»; por tanto, la facultad o el derecho o la acción de impugnar el acuerdo social que se estima contrario a la ley, subsiste sin que quede eliminado por caducidad, por la nueva ley; aquella DT sigue diciendo: «... pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código», es decir, en la nueva ley; por tanto, aquel derecho a impugnar el acuerdo social contrario a ley, se podrá ejercitar, conforme a la nueva ley y desde que ésta entre en vigor, no antes, conforme al ejercicio, duración y procedimiento que señale la nueva ley. Tal derecho a impugnar el acuerdo, desde la entrada en vigor de la Ley de 1989 se ejercerá, durará un año y seguirá el procedimiento de ésta; durará, así, hasta el 1 de enero de 1991. Norma transitoria del Código civil que se aplicará al caso presente, pues nada prevé la Ley de Sociedades Anónimas, en virtud del artículo 4.3 CC. Por otro lado, la nueva Ley de Sociedades Anónimas contiene una

norma, que puede considerarse de derecho procesal, sobre la acción de impugnación de acuerdos sociales: esta norma se aplica al acuerdo social tomado antes de su entrada en vigor y, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento se aplica la nueva ley, desde que entre en vigor (1 de enero de 1990) por lo cual, desde la entrada en vigor, aquella acción tendrá un plazo de caducidad de un año. Pero en ningún caso se aplicará a la facultad de impugnar un acuerdo social, de tal modo que si fue tomado más de un año antes de dicha entrada en vigor, lo declare extinguido por caducidad. Además, el artículo 9.3 CE dispone que ésta «garantiza la seguridad jurídica» y aunque es un principio de carácter muy general, puede aplicarse al caso presente. En efecto, un socio de sociedad anónima tiene el derecho –más bien la facultad– de impugnar el acuerdo social que él estima que es contrario a la ley, sin plazo de prescripción o caducidad. Se dicta una nueva Ley de Sociedades Anónimas que sí establece un plazo de caducidad de un año para aquella impugnación. Si tal plazo lo aplicamos, no desde la entrada en vigor de la nueva ley, sino que declaramos caducada la facultad de impugnar los acuerdos que han sido tomados antes de un año, se quiebra el principio de seguridad jurídica que tenía aquel socio, al quedar su facultad de impugnar eliminada por la nueva ley. El mismo artículo 9.3 CE no permite la retroactividad en leyes restrictivas de derechos, y entender que una norma mercantil declara extinguido por caducidad el derecho a impugnar un acuerdo social que se estima contrario a la ley, es aplicar retroactivamente una ley restrictiva de derechos individuales, lo cual proscribe la mencionada norma constitucional. También el artículo 24.1 CE proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, luego si una ley posterior declara caducado el ejercicio de la acción para aquella impugnación, le está privando la tutela judicial efectiva en este punto concreto. (STS de 26 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. G. F. interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia, demanda contra la compañía mercantil *Automoción del Sureste, S. A.*, solicitando la impugnación de acuerdos sociales por nulidad de diversas Juntas generales ordinarias y extraordinarias de la sociedad anónima. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró que no había lugar al recurso de casación planteado por el actor y sí el interpuesto por la entidad demandada. Se formuló voto particular. (N. D. L.)

81. Sociedad Anónima. Derecho de información del socio: presu-
puesto.—El ejercicio del derecho de información precisa la previa solicitud de tal información, bien con anterioridad o bien en la propia Junta, sin que sea suficiente que el socio manifieste su oposición en la Junta, pues en tal caso, no se trataría de información denegada, sino de información no suministrada porque no se recabó, con lo que el derecho dejó de ejercitarse, dado que si no se peticiona no se genera el correspondiente derecho a obtener respuesta informativa.

Valoración del Balance.—La valoración del activo inmovilizado de la sociedad se ajustará al precio de adquisición, en tanto que el activo circulante se valorará por el costo de producción o por el precio de adquisición, rigiendo

el principio de prudencia valorativa. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. M. y don P. C. M. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Granada núm. 7 demanda sobre impugnación de acuerdos sociales de sociedad anónima y derecho de información contra la entidad mercantil *Gimnasio Triunfo, S. A.* La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró que no había lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

82. Letra de cambio. Abstracción procesal.—El negocio cambiario se presenta abstracto en el orden procesal, cuando se utiliza la letra como título ejecutivo, y procede la inversión de la carga de la prueba, en cuanto corresponde al demandado demostrar que el negocio carece de causa, es lo que se conoce como abstracción procesal, que tiene apoyo en la presunción de la existencia de causa que declara el artículo 1277 CC, aunque el crédito cambiario resulte autónomo respecto a la obligación subyacente, y cuando opera entre quienes no están vinculados por relaciones extracambiarías, no ocurre así y no quedan desvinculados de las relaciones subyacentes, sino que resulte causalizado si afecta y se tiene en cuenta respecto a quienes formen parte de tales relaciones, pues se trata de obligación cambiaria *inter partes*, que es decisivamente causal y está sometido a la reglamentación del negocio convenido, que le sirve de soporte, ya que normalmente los títulos cambiarios se entregan con finalidad de pago y cumplimiento de la obligación subyacente, conforme al artículo 1170 CC, lo que determina que la acción causal se active cuando los efectos quedan impagados y reviva el negocio causal que motivó la emisión de las letras, recobrando la causa valor decisivo.

Carga de la prueba.—Correspondía al proponente la demostración cumplida de que se había entregado efectivamente el dinero como adelanto para la ejecución del contrato concertado, al tratarse de hecho constitutivo de su pretensión, conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada. (STS de 4 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Promotora Marín, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ourense demanda contra *Construcciones Fleming, S. L.*, don L. S. P. y don R. P. S. por incumplimiento de contrato de ejecución de obra. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincia de Ourense estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

83. Quiebra. Retroacción: orientación jurisprudencial reciente.—La jurisprudencia, en los diez últimos años, ha fijado de manera casi absoluta el criterio denominado estricto o rigorista, con arreglo al cual se consideran afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así las SS de 19 de diciembre de 1991, 11 de noviembre de 1993, 20 de octubre de 1994, 28 de octubre de 1996, 26 de marzo de 1997 y 25 de octubre de 1999.

Preferencia del artículo 878 CCO frente al artículo 34 LH: argumentos.—El Alto Tribunal ha defendido como regla general la inoperancia de este precepto frente al rigor del artículo 878 CCO. Así, las SS de 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 2000, en consecuencia, devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones ni excepciones de su imperatividad al régimen registral, dando lugar a un «vicio de origen» que no se subsana por transmisiones posteriores sino que se arrastra y las vicia igualmente. La sentencia recoge varios argumentos a favor de dicho criterio, *por un lado*, el artículo 34 LH nunca puede amparar a quien contrata directamente con el quebrado, pues aquél no es en puridad tercero, y la adquisición hecha al quebrado será nula por aplicación del artículo 878 CCO y como tal no podrá ser convalidado pese a su inscripción registral; *por otro*, una aplicación indiscriminada del citado artículo 34 LH en favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del artículo 878 CCO al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieran asimismo su derecho; además, los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCO, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de «inexactitud del Registro».

Alcance del artículo 10 de la Ley del mercado hipotecario.—La posible incidencia del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de mercado hipotecario, en cuanto exige prueba del fraude en la constitución de gravamen dejando a salvo al tercero que no hubiera sido cómplice de aquél, se trata de una excepción a aquel principio de nulidad absoluta, excepción por tanto que sólo se dará dentro del ámbito regulado por dicha Ley. (STS de 22 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *Promotora Ural 2, S. L.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz demanda contra las compañías mercantiles *Promotora Ural 2, S. L.*, *Grupalsa, S. A.*, y *Marvemar Jarama, S. A.*, solicitando la nulidad de diversos contratos de compraventa y el reintegro de los bienes vendidos a la masa activa de la quiebra. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra estimó los recursos presentados. El TS declaró que no había lugar a los recursos de casación. (N. D. L.)

84. Retroacción de la quiebra.—El carácter categórico del artículo 878 CCO no ofrece dudas: «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Esta nulidad es absoluta o de pleno derecho y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia se han mostrado estrictos a la hora de su

aplicación, pues la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 CCO: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes; no se trata de un estado civil, ni de una incapacitación, sino de una prohibición legal.

Aplicabilidad del artículo 10 de la Ley 2/1981, de mercado hipotecario.—La regla del artículo 10 de dicha ley especifica las condiciones en que pueden ser impugnadas las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo segundo en supuestos de retroacción de la quiebra, tiene carácter especial y exige, en primer término, que se acredite que la «entidad financiera» en cuestión actúe otorgando los préstamos y emitiendo los títulos regulados en la misma, de manera que habrá que justificar en qué medida la operación de préstamo ha tenido no sólo las finalidades prevenidas en el artículo 4, sino demostrar y probar la determinación de los demás requisitos causantes de las «operaciones activas» que cobran sentido en razón de las «operaciones pasivas» que asimismo desarrolla la Ley. (STS de 12 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la *Compañía Fomento de Viviendas Sociales, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid demanda contra la entidad *Caja Postal de Ahorros, S. A.*, sobre nulidad de contrato. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recuso de apelación. Recurrída en casación, el TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

85. Retroacción de la quiebra. Efectos.—La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo, CCO ha sido mantenida reiteradamente por el TS, en el sentido de que la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado. Tal nulidad deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 CCO: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes; no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos, pues siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia (absoluta, o sea frente a todos) de cuanto actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación.

Retroacción de la quiebra y fe pública registral.—El artículo 878 CCO dispone la nulidad de *sus* actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (*sus*) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 LH al que se le aplica el principio de fe pública registral. (STS de 14 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *Construcciones Naviz, S. A.*, presentó demanda en pretensión de la aplicación del artículo 878, párrafo 2.º, CCO y consiguiente declaración de nulidad de sendas ventas de viviendas y cancelación de asientos registrales y de pagos al *Banco Central Hispanoamericano* y de no poderse devolver las mismas fincas, la condena al abono de su valor. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de la misma ciudad; recurrida en casación dicha sentencia el TS declara que no ha lugar al recurso. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

86. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. La motivación de las sentencias es una exigencia formal y requisito ineludible de la actividad judicial.—Por imperativo del artículo 120.3 CE la motivación es una exigencia formal de las sentencias, puesto que deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el artículo 248.3 LOPJ. La motivación del pronunciamiento es requisito ineludible de la actividad judicial.

Alcance de la incongruencia omisiva.—Existirá incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto de algún punto esencial, aunque no es extensivo a todas las alegaciones, sino a los aspectos fácticos que sirvan de base para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y para permitir su control, aunque no sea necesaria una referencia exhaustiva siempre que permita esas dos finalidades, ya que es inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, bastando que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos (cfr. SSTs de 12 de junio de 1988, 7 de marzo de 1992 y 1 de junio de 1999). (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. F. R. interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial contra don G. R. G., la cual prospera en primera instancia pero no en la Audiencia. La actora recurrió en casación al entender que hubo falta de motivación en la sentencia de la Audiencia, al omitir pruebas admitidas y practicadas, lo que le ocasionó indefensión. El TS da lugar al recurso al decretar la nuli-

dad de las actuaciones y retroacción de las mismas al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia en el recurso de apelación. (*I. D. L.*)

87. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Contenido: se exige que la decisión que se adopte esté motivada.—Los fallos han de ir precedidos de fundamentos para que formando una unidad lógica con los antecedentes, se produzca una respuesta judicial ajustada y proporcionada, es decir, relacionada con las peticiones de las partes, y resolviendo todos los puntos sometidos a la decisión judicial. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo cual quiere decir que la decisión que se adopte ha de estar motivada, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente, sin que sea preciso una concreta respuesta a todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar; puesto que una motivación escueta y concisa no deja por ello de ser motivación.

La ausencia de todo razonamiento respecto a alguna pretensión esencial equivale a una resolución no fundada en Derecho.—Como ha precisado la doctrina constitucional en reiteradas ocasiones, cuando se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones esenciales, no se puede entender que se ha dictado una resolución fundada en Derecho, por lo que se vulnera el derecho fundamental establecido en el artículo 24.1 CE.

Motivación de las sentencias: es necesario que se expresen los fundamentos fácticos y jurídicos de la desestimación.—La motivación es una exigencia formal de las sentencias en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (cfr. SSTC 74/1987, de 25 de mayo; 264/1988, de 22 de diciembre, y STS de 26 de enero de 1999). En el caso, la apreciación de inexistencia de justa causa de la rescisión unilateral del contrato carece de toda motivación ya que no expresa las razones de hecho en que la misma se apoya. Se impide así conocer cuáles son los fundamentos fácticos y jurídicos de la desestimación de los medios de oposición a la pretensión actora, usado por la demandada y, en consecuencia, de impugnar el fallo en cuanto se funda en esa fundamental declaración. (**STS de 16 de mayo de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se solicitó la indemnización de daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva que le ligaba con la demandada, así como reclamación de otras cantidades debidas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga revocó la sentencia de instancia, condenando a la demandada a abonar determinadas cuantías en concepto de indemnización y cantidades debidas. El TS da lugar al recurso y declara la nulidad de lo actuado, mandando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia casada, para que por la Audiencia se dictara una nueva debidamente motivada. (*L. A. G. D.*)

88. Recurso de casación. Infracción de normas reglamentarias: criterio general.—La infracción de normas reglamentarias, es decir, normas de rango inferior a la ley, no pueden servir de base a un recurso de casación

(SSTS de 29 de julio de 1998 y 13 y 15 de octubre de 1999, entre otras). La expresión «ordenamiento jurídico» del núm. 4 del artículo 1692 LEC de 1881 tiene el sentido y el contenido del núm. 1 del artículo 1 CC (SSTS de 22 de mayo de 1991 y 7 de diciembre de 1993, entre otras), por lo que abarca sólo la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Cabe la posibilidad de invocar como infringidas normas reglamentarias cuando tengan una norma legal como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 20 de octubre de 1999 entre otras muchas).

Excepción.—Excepcionalmente se admite el que un recurso de casación se pueda fundamentar en una disposición de rango inferior a la ley, pero tal posibilidad se circunscribe a las hipótesis en que la normativa civil esté constituida por la disposición que se invoca, y, por ende, es preciso que el Derecho reconozca, limite o niegue un derecho civil.

Eficacia de las certificaciones del Registro civil.—Si una certificación del Registro civil sólo extiende su eficacia u operatividad a determinados datos en exclusiva, y no sirve para acreditar o advenir otros diferentes de aquéllos, la inclusión de alguno de éstos resulta irrelevante en relación con la función de la certificación, por lo que la actuación del certificador al incorporarlos al documento constituye una irregularidad formal, pero no puede servir de fundamento para interponer un recurso de casación, máxime si no tiene un interés jurídico trascendente. (STS de 7 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora solicita la declaración de nulidad de una certificación del registro civil (que al parecer fue aportada y tenida en consideración entre otras pruebas en otro proceso civil) mediante la cual se contiene mención de los padres del padre adoptivo de la codemandada, tal y como si de los abuelos paternos de ésta se tratase, cuando en realidad en el acta de nacimiento de la codemandada figuran otras personas como abuelos paternos (los padres del padre biológico). La demanda fue desestimada en el juzgado y en la Audiencia. No prosperó el recurso de casación. (I. D. L.)