

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉ-GUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Javier LARENA BELDARRAIN, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Óscar MONJE BALMA-SEDA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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. Reglamento comunitario. Concesión mercantil.–El primer motivo de casación alegado en este caso, está dedicado a combatir la plena validez de la cláusula novena del contrato por medio del cual la demandada, *Mercedes-Benz España, S.A.*, otorgó a la actora un contrato de concesión, con la exclusividad convenida para la provincia lucense, sobre comercialización de automóviles y accesorios de la marca de la concedente.

Por la referida cláusula, la concesionaria se comprometía a esforzarse en lograr el máximo de ventas de las mercaderías objeto de la concesión, fijándose unas unidades mínimas de compra por acuerdo entre las partes y, de no llegarse a dicho concierto, la concedente se reservaba su determinación «a partir de las estimaciones de venta por un período de doce meses», llegándose en caso de incumplimiento reiterado a la resolución de la relación negocial.

El pacto referido no vulnera el artículo 1256 CC, en cuanto ha sido libremente acordado y, por tanto, no impuesto, siendo elemento esencial de la relación contractual la fijación de objetivos de venta, revistiendo condición básica si no se alcanzan dichos objetivos establecidos, como dice la S de 8 de

noviembre de 1995, lo que habilita la resolución por incumplimiento y sin indemnización, conforme a lo previsto.

Refuerza tal conclusión la interpretación que ha de darse al artículo 1256 CC en relación al 4-1-3) del Reglamento Comunitario 123/1985, sobre distribución, servicios de venta y de postventa de vehículos automóviles, que actúa como exención al artículo 85.3 del Tratado de la CEE y al que la sentencia de primera instancia hace referencia.

Los Reglamentos comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros, desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el derecho interno español, ya que su aplicación es prioritaria incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas, que sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación.

De este modo, el Reglamento citado ha de ser respetado, dada su imperatividad, en lo relativo al ámbito negocial previsto respecto a la distribución comercial en exclusiva de automóviles que relaciona a fabricantes o concedentes con los concesionarios designados.

El referido Reglamento contempla como obligaciones del concesionario la del esfuerzo en un primer plano y de resultado en segundo lugar, refiriendo aquél a actividad para dar salida durante un período determinado a los productos objeto de la concesión, es decir, comercializar con efectividad un número mínimo de vehículos, lo que actúa como indicador de la buena o mala gestión que incumbe al distribuidor de la marca.

La fijación de los mínimos en el contrato de la concedente resulta correcta, pues lo prevé el artículo 4-1-3) del Reglamento 123/1985 y, si bien se precisaba en principio acuerdo entre las partes, al no producirse el mismo, su fijación se realiza basándose en cálculos provisionales de las ventas del concesionario, lo cual fue reformado por el nuevo Reglamento 1475/1995, no aplicable al supuesto que la sentencia que reseñamos resuelve, al disponer, en beneficio del concesionario y a efectos de instaurar equilibrio e igualdad contractual que, de darse desacuerdo, será un perito independiente el que precise el número mínimo de productos contractuales a los que debería dar salida anualmente la distribuidora.

La relativa unilateralidad del Reglamento 123/1985, no deja de ser vinculante al haberse incorporado al contrato de concesión y autorizarlo la norma comunitaria, sin que en su aplicación la mercantil *Mercedes-Benz España, S.A.* hubiera actuado de forma abusiva. Por todo ello, se estima que se ha producido incumplimiento y hace aplicable la cláusula de resolución del contrato y, si bien la cláusula novena dice que el incumplimiento ha de ser reiterado, la propia esencialidad del negocio de concesión de automóviles impone la exigencia del cumplimiento de objetivos mínimos.

En cuanto al segundo motivo de casación, la improcedencia de la prueba pericial propuesta resulta, a juicio del TS, una decisión correcta y, por lo tanto, adecuada, al estar autorizada por los artículos 566, 866 y 867 LEC, ya que su artículo 611 resulta imperativo en cuanto exige proponer con claridad y precisión el objeto sobre el que ha de recaer el reconocimiento pericial.

No toda denegación de prueba genera indefensión, pues corresponde a los Tribunales de instancia controlar su pertinencia y práctica, decisión que en casación ha de ser respetada si resulta racional y justificada, siendo preciso demostrar, conforme a doctrina constitucional, que la celebración de la prueba no llevada a cabo tendría trascendencia decisiva en el fallo. El conjunto

probatorio debidamente valorado por el Tribunal de instancia, resulta suficiente para acreditar que la fijación unilateral de los mínimos de venta por la recurrente, resultó correcta y adaptada a lo pactado.

Por último, con respecto al tercer motivo alegado, el TS señala que es conocida la doctrina jurisprudencial que proclama que las sentencias absolutorias no pueden tacharse de incongruentes, salvo en contadas excepciones, y cuando se produce desestimación total de la demanda, como aquí ocurre, es evidente que se resuelve sobre la petición en forma de inadmisión, pues el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta para nada, y por ello no aplicó, la compensación judicial que exige fijar dualidad de títulos y créditos debidamente reconocidos, lo que no ha tenido lugar. (STS de 2 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid tramitó el juicio declarativo de menor cuantía que promovió la demanda de *Auto Lugo S.L.*, en la que solicitó que se declarase, entre otros extremos, no ser conforme a derecho la rescisión de la concesión que *Auto Lugo, S.L.* poseía hasta ese momento. El Juzgado dictó sentencia el 28 de junio de 1993 desestimando tal demanda, razón por la que la parte actora promovió apelación que fue resuelta por la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 26 de diciembre de 1995, estimando en parte el recurso presentado. Por tal motivo, la demandante presenta recurso de casación conforme a los tres siguientes motivos: Primero.—Infracción de los artículos 1091 y 1256 CC, al amparo del artículo 1692.4.º LEC; Dos.—Por el 1692.3.º LEC, alegando la violación de los artículos 566 y 610 de la misma; y Tres.—Al amparo de los números 3.º y 4.º del artículo 1692 LEC, por infracción de su artículo 359, 24 CE y 1156 y 1195 a 1202 CC. (*J. L. B.*)

2. Pacto en exclusiva sobre estación de servicio con suministro de carburante. Reglamento comunitario.—Los varios contratos que las partes celebran en el presente caso, al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrado en materia contractual en el artículo 1255 CC, obedecen a una finalidad económica unitaria como es facilitar los medios materiales para la puesta en funcionamiento de la estación de servicio que, a su vez, constituye el instrumento imprescindible para que la demandada pudiera llevar a cabo el suministro de carburantes. Así, no existe ningún dato objetivo que permita concluir la voluntad común de las partes de independizar las relaciones dimanantes del préstamo de las restantes que concertaron las partes.

Con respecto al motivo segundo del recurso de casación presentado, se trata de demostrar que no se ha cumplido el presupuesto integrador del *dies a quo*, puesto que, éste no era, sino el relativo a un Acta otorgada de mutuo acuerdo por las partes que recogiera el momento de la puesta en marcha o, en su defecto, el permiso de apertura del Ayuntamiento de Bilbao, y que todo ello, además, no se ha recogido a pesar de que el *factum* de la sentencia recurrida también efectuó las reseñadas menciones de puesta en marcha y entrada en funcionamiento con referencia al pago del préstamo y duración del contrato.

Sin embargo, el motivo no se acepta, ya que, por la propia Sala *a quo* se entiende que el plazo empezará a contarse desde el momento de la puesta en marcha de la estación de servicio, por lo que, el añadido de que será preciso

el otorgamiento por las partes del Acta, no viene sino a ratificar formalmente ese hecho básico de la puesta en marcha de dicha estación de servicio, razón por la cual, la Sala considera que habiendo sido evidente tal puesta en marcha del funcionamiento de dicha estación de servicio, ello es determinante del comienzo del plazo de amortización. Asimismo, el TS señala que no aprecia infracción del artículo 1281 CC, sobre la interpretación realizada por él con anterioridad por S de 25 de octubre de 2000, a cuyo tenor, «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive, del Código civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, 10 de enero, 5 de febrero, 2 de julio y 18 de septiembre de 1985, 4 de marzo, 9 de junio y 15 de julio de 1986, 1 de abril y 16 de diciembre de 1987, 20 de diciembre de 1988 y 19 de enero de 1990).

El tercer motivo alegado es igualmente rechazado, porque cualquiera de los argumentos, instrumentos o documentos que se alegan en el mismo, lo que tratan es de desvirtuar el contexto probatorio que extrae la Sala sentenciadora de los documentos citados y, sobre todo, porque se aduce que los tres documentos en que se funda el razonamiento de la sentencia del Tribunal de la Audiencia de Vizcaya, tienen que ser situados en su tiempo y época, por expreso mandato del párrafo primero del artículo 1218 CC. Es sabido asimismo que, en torno al incumplimiento de los contratos, prevalece inicialmente lo resuelto por la Sala sentenciadora, tal como señala la STS de 25 de octubre de 2000, conforme a la cual, «...siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía, el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el número 4 del artículo 1692 LEC, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983) bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al incumplimiento (SSTS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985) se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala *a quo*, auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado...».

Con respecto al cuarto y quinto motivos casacionales, señala el Supremo que tampoco resultan admisibles ya que, del propio contenido de la cláusula decimooctava del contrato suscrito entre las partes, no se deriva impedimento alguno para que la Sala tenga en cuenta como norma genérica determinante del incumplimiento, la nuclear inserta en el artículo 1124 CC, además de que, en caso alguno, puede pugnar su aplicación con un supuesto pacto de *lex commissoria*, porque del contenido de dicha cláusula no puede derivarse la inadecuación de la aplicación del citado artículo 1124 CC.

En definitiva, si ese pacto comisorio intercalado contempla como premisa el «incumplimiento grave de cualquiera...» para luego proceder al rito establecido, es claro que habrá de apreciarse previamente si acontece o no ese incumplimiento, por lo que el artículo 1124 CC es norma básica que ni tan siquiera se anula cuando aquel pacto está fijado *ope legis*, en el supuesto del significado artículo 1504 CC.

Por último, señala el TS con respecto al sexto motivo de casación alegado, que la sujeción del citado Reglamento 1984/1983 se establece en los términos recogidos en S de 2 de marzo de 2000, que expresa: «...los reglamentos comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el Derecho interno español, ya que su aplicación es prioritaria incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas que, en términos generales y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación...».

Por ello, no cabe ninguna duda que el Reglamento 1984/1983, de la comisión de 22 de junio de 1983, tiene un efecto directo en las relaciones entre particulares de los Estados miembros, de modo que la normativa establecida en el mismo deberá ser aplicada a los acuerdos de compra exclusiva de las categorías comprendidas en el mismo, acuerdos de larga duración para la venta de cerveza en establecimientos de bebidas (contratos de suministro de cerveza) y de productos petrolíferos en estaciones de servicio (contratos de estaciones de servicio). Por tanto, en virtud de lo dispuesto en ese artículo 12 del referido Reglamento, quedan excluidos de la excepción a la aplicación del artículo 85 del Tratado, que prohíbe determinar categorías de prácticas concertadas, los contratos de suministro de estación en exclusiva que se celebren por duración indeterminada o por más de diez años.

No obstante, el párrafo 2.º del artículo 12 excluye lo dispuesto en la letra c) del apartado 1.º cuando el acuerdo se refiere a una estación que el proveedor haya arrendado al revendedor cuyo usufructo le haya concedido de derecho o de hecho, se le podrán imponer las obligaciones de compra en exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el mismo durante todo el tiempo que dure el cual explote efectivamente la estación de servicio, debe reconocerse plena validez al pacto de exclusiva por plazo de treinta y cinco años concertado en el contrato de autos pues el proveedor en dicho contrato se comprometió a ceder gratuitamente el uso de todo el equipo necesario de la estación de servicio, que era de su propiedad, y a transmitirla gratuitamente al comprador transcurridos los treinta y cinco años pactados para la duración del contrato, situación que, dada la importancia económica del valor del equipo, resulta elemento imprescindible para el desarrollo de la actividad propia de estación de servicio que se considera equiparable a los supuestos contemplados en el apartado 2.º del artículo 12.

Por todo ello, el TS estima que de declarar ineficaz el pacto en exclusiva, habría de decretarse igualmente la inexistencia del contrato suscrito por los litigantes en su integridad, al desaparecer con la supresión de la cláusula de exclusiva la que constituye la causa del contrato para el proveedor (arts. 1274 y 1261 CC) y en evitación del enriquecimiento sin causa, que obtendría el titular de la estación de servicio con la supresión de la exclusiva, situación que no puede ser amparada por una resolución judicial. (STS de 15 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de *Gabai, S.A.*, contra *Petróleos del Norte, S.A.*, sobre resolución de contrato. A este respecto, el Juzgado citado dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 1994, desestimando la demanda. Frente a dicha resolución, se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao resolvió con fecha 27 de noviembre de 1995, desestimando igualmente aquél.

Finalmente, *Gabai Oil, S.A.*, formalizó recurso de casación fundado en los siguientes motivos: Primero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas que se consideran infringidas han de citarse los artículos 1740 y 1218, ambos del Código civil, así como la jurisprudencia relativa a los mismos; Segundo.—Al amparo del mismo precepto, entendiendo como infringida la regla hermenéutica del artículo 1218.1 CC y la jurisprudencia respectiva; Tercero.—Amparándose en idéntica norma, considerando infringido el artículo 1225 CC en relación con el 604.2 LEC; Cuarto.—Con igual amparo normativo, citando como precepto infringido el artículo 1124.1 CC; Quinto.—Amparándose en el referido artículo 1692.4.º LEC, estimando infringidos por inaplicación los artículos 1091, 1254, 1255, 1258, 1281 y doctrina sobre el artículo 1224 en relación con el pacto *lex commissoria*; y Sexto.—Al amparo del mismo precepto, citando como infringidos el artículo 12.2 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de Roma, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, al aplicar la sentencia dicho precepto a un propietario de Estación de Servicio. Igualmente, se cita el artículo 12.1.c) del precitado Reglamento comunitario, al considerar válido el pacto de exclusiva a pesar de pactarse por una duración superior a los diez años. (*J. L. B.*)

3. Invocación y prueba del derecho extranjero.—Se considera el derecho extranjero como cuestión de hecho (SS: de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997). Los órganos judiciales tienen la facultad de colaborar con los medios de averiguación; sin embargo ello no conduce a la existencia de una obligación, ya que en España no se aplica de oficio la ley extranjera, cuando no ha sido alegada suficientemente (SS de 9 de noviembre de 1984, 23 de octubre de 1992 y 10 de marzo de 1993). El artículo 12.6.º CC no se refiere al derecho material, distinto de las normas de conflicto, que sí deben ser observadas de oficio (STS de 31 de diciembre de 1994). El artículo 10.5 CC nos remite a la norma de conflicto a la que las partes se hayan sometido expresamente. No obstante existen casos en los que los órganos judiciales se ven imposibilitados para fundamentar la aplicación del derecho extranjero, bien porque no se acredita su identidad y alcance, bien porque no se realiza actividad probatoria alguna por la parte que lo alega. En los supuestos especificados, se resuelve la cuestión según las normas de derecho sustantivo del ordenamiento jurídico español, «para no dejar imprejuizada la pretensión deducida en la demanda» (FD 5.º).

Estimación del silencio de los demandados.—La carencia de cualquier discusión o respuesta en torno a los hechos o afirmaciones de la actora en su escrito de contestación, se entiende como tácita conformidad con los mismos. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—*Norbanken Luxembourg* había formulado demanda en reclamación de cantidad contra *A. Stromsmoen* por impago de cuotas de amortización objeto de un préstamo concedido al demandado en el que se había pactado expresamente que el contrato se consideraba finalizado y debía ser interpretado de acuerdo con la legislación del Gran Ducado de Luxemburgo. El Juzgado de Villajoyosa acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio. La Audiencia Provincial de Alicante, recurrida la sentencia, la revoca parcialmente entrando al conocimiento del fondo del asunto, desestimando la demanda y afirmando la validez del pacto de sumisión de la legislación de Luxemburgo, según artículo 10.5 CC, que impone que sea la parte demandante quien acredite el contenido y vigencia del derecho extranjero y no el propio Tribunal. Se recurre en casación con el único motivo de infracción de jurisprudencia que ha interpretado el artículo 12.6 CC.

NOTA.—Existe polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la acción del principio *iura novit curia* en el Derecho extranjero. Se centra en la consideración del Derecho extranjero como verdadero Derecho o como simple hecho (a efectos procesales). En este último supuesto corresponderá a las partes su prueba; no obstante, si se le atribuye valor normativo, regirá el principio mencionado. Para Fernández Rozas («Art. 12.6 CC» en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I) en el artículo 12.6 se presenta esta función a través de la colaboración entre el juez y las partes. Los interesados alegan el derecho extranjero que estimen aplicable; sin embargo, si el juez conoce la normativa extranjera, debe darle aplicación. La colaboración del juez ha sido matizada por el TS, declarando esta posibilidad como meramente potestativa. (P. S. S.)

4. Abuso de derecho.—A partir de la STS de 14 de febrero de 1994, se establecen las líneas fundamentales: consiste en el uso de un derecho legal, produciendo un daño a un interés que no se halla protegido por una específica prerrogativa jurídica, junto a la exigencia de inmoralidad o antisocialidad del daño, ya sea de manera objetiva o subjetiva, según el daño proceda de la anormalidad en el ejercicio del derecho o cuando se actúe con la intención de perjudicar. Se expresa que «en sentido estricto, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido». La conducta que exceda de lo habitual, como la apertura de cuentas corrientes en distintas entidades bancarias, siendo una posibilidad permitida dentro del mercado bancario abierto a cualquier particular, no causa daño alguno, ni supone un manifiesto abuso de derecho.

Límites al abuso de derecho.—Las limitaciones del derecho subjetivo son claras en el orden moral, teleológico y social, impuestos por la equidad o la buena fe. En los casos en los que dichos límites son traspasados con daños a terceros se incurre en responsabilidad. Ello lleva consigo indispensablemente el arbitrio judicial al concretar los límites del derecho subjetivo de

acuerdo con su fin, creando con esto cierto margen de inseguridad; no obstante «el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado». Se imposibilita su invocación cuando un precepto legal sanciona de manera expresa el exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho; de ahí que se constituya el abuso de derecho como «institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica...» (STS de 25 de septiembre de 1996).

Fraude de ley.—Según doctrina reiterada del TS, consiste en el daño o perjuicio conseguido mediante un medio que infringe deberes jurídicos generales; debido a la evasión de las reglas de derecho, resulta un acto *contra legem*, aunque sin enfrentamiento frontal, sino mediante una norma de cobertura indirecta, de manera que «el *frau alterius* ... implica con carácter general un *frau legis* que requiere como elemento esencial una serie de actos que violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan», con independencia de la existencia de conciencia de burlar la ley (SS de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959, 2 de mayo de 1984, 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991, 17 de marzo de 1992, 29 de julio de 1996). (STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Carlos A. F., socio de la Unión de Consumidores de España (asociación privada sin ánimo de lucro) contrató con el Banco Exterior de España la apertura de una cuenta corriente, con fecha de 26 de septiembre de 1991, así como con varios bancos, con pequeñas cantidades, con la intención de aprovechar esos contratos bancarios para demandar, junto a la Unión de Consumidores de España, a los mismos por nulidad de las condiciones generales impuestas, claramente favorables a las entidades bancarias. Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad parcial de las condiciones generales del contrato de cuenta corriente del Banco Exterior de España, por vulneración del artículo 10 de la Ley de 26/1984 de 19 de julio. Se estima parcialmente la demanda, recurriéndose en apelación por parte del Banco, siendo estimado en la Audiencia. Don Carlos A. F. y la UCE recurren en casación, alegando entre otros motivos, la interpretación de los artículos 6.4 y 7.2 CC.

NOTA.—Los razonamientos del Tribunal en esta sentencia siguen la línea encaminada por la doctrina. Se afirma que el ejercicio abusivo consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho. Dicha normalidad se aprecia dependiendo de las costumbres y concepciones de cada época (De Ángel Yagüez en voz «Abuso de derecho», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I). Es necesario que el abuso sea patente y manifiesto, ejercido con intención de daño sin provecho para el agente (SS de 4 y 20 de febrero de 1992) Claramente continúa con la línea argumentativa abierta en la STS de 4 de marzo de 1992, que declara la inexistencia de abuso de derecho cuando se utiliza una acción que el ordenamiento le proporciona en su propio beneficio. El TS acude a la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* para afirmar que no existe abuso de derecho cuando se ejercita el mecanismo judicial para hacer valer una atribución, sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe

(STS de 28 de febrero de 1959, 12 de noviembre de 1960, 5 de enero de 1977, 22 de abril de 1968, 5 de diciembre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 17 de marzo y 23 de octubre de 1984, 17 de septiembre de 1987).

En cuanto a la confusión entre fraude de ley y abuso de derecho, De Angel Yagüez matiza la distinción en que en esta última figura significa una extralimitación del poder que forma el contenido de un derecho subjetivo, mientras que el fraude de ley existe un mal uso del Derecho objetivo, utilizándose erróneamente sus normas. (P. S. S.)

5. Requisitos para reconocer fraude de ley.—Es necesario la concurrencia de una serie de actos contrarios al fin práctico de la norma defraudada, que, tras la aparente legalidad, violan el contenido ético de las normas legales amparadoras (SSTS de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991 y 23 de enero de 1999). De otro lado, la norma de cobertura no debe dirigirse a su protección directa y expresa («bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros»). No se requiere prueba de intencionalidad. Se configura por la presencia de dos normas: la de cobertura, a la que se acoge, y la norma eludible o soslayable.

Poder de realización del acreedor sobre los bienes hipotecados.—Los artículos 1876 CC y 104 LH configuran la hipoteca como la sujeción directa e inmediata a los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor. La finalidad de la satisfacción del crédito se alcanza por parte del acreedor mediante la concesión del poder de realización sobre los bienes hipotecados. Se establece el efecto *erga omnes* de la hipoteca, consistente en la sujeción por parte del poseedor del bien al *ius distrahendi* del acreedor (eficacia ejecutiva), que se convierte en propietario de la finca ejecutada «por la virtualidad traslativa de la ejecución en pago de deudas» (STS de 30 de enero de 1999).

Procedimiento judicial sumario.—Los artículos 129 y ss. LH regulan un procedimiento de realización de valor en cambio de la finca hipotecada, carente de fase contenciosa. Nos hallamos ante una acción directa contra los bienes hipotecados, cuyo trámite previo consiste únicamente en la comprobación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito. Por otro lado, requisito esencial para su existencia son los elementos susceptibles de ser previstos en el momento de constitución de la garantía hipotecaria (SS de 9 de febrero de 1943, 14 de marzo de 1959, 24 de marzo de 1983). (STS de 26 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura pública de 6 de noviembre de 1992, los esposos don Jose María B. V. y doña Rogelia M. V. constituyeron hipoteca sobre tres fincas a favor del Banco Español de Crédito. Dos de ellas fueron adjudicadas a la entidad bancaria (destinada una como industrial a fábrica de aceites), según el artículo 131 LH. Mediante escritura pública de 7 de junio de 1993, los cónyuges aportaron las dos fincas reseñadas a la empresa Quesos y Aceites de Fabara, sin hacer constar las hipotecas que las gravaban. Dicha empresa se constituyó en la misma fecha, configurada por los cónyuges y sus hijos. La empresa demandó a la entidad bancaria y a los cónyuges, solicitando se le declarase propietaria y se suspendiese la

adjudicación de las fincas. El Juzgado rechazó la demanda, que fue confirmado en apelación por la Audiencia. La empresa interpone recurso de casación, alegando aplicación indebida del artículo 6.4 CC, infracción del artículo 348 CC, e interpretación errónea del artículo 34 LH. (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Concepto de derecho al honor.—El derecho al honor está proclamado y garantizado en el artículo 18.1 CE que lo cataloga como un derecho fundamental y que puede estimarse en un doble aspecto o vertiente que deben concurrir en todo caso:

- a) el aspecto interno —inmanencia o mismidad— dentro del parámetro de la íntima convicción o estimación que cada persona hace de sí misma;
- b) el aspecto externo —trascendencia o exterioridad— la valoración social o el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad (SSTS de 22 de octubre de 1987, 5 de febrero de 1998, 27 de septiembre de 2000).

Concepto de derecho a la libertad de información y de expresión.—A la luz del texto constitucional, «la libertad de expresión y de información —activa y pasiva— son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la 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 (STC 171/1990), reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periodística 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 solo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y opiniones (STS de 7 de marzo de 2000)».

El derecho de información prevalece frente al derecho al honor.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (del TC y del TS) que cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho fundamental al honor de otro, han de seguirse las siguientes directrices para determinar la prevalencia de uno sobre otro:

- a) que la delimitación de 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 llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

La información difundida y transmitida ha de ser una información veraz.—«Para que se dé el amparo constitucional de la libertad de información [art. 20.1 d) de la Constitución], cuando ocurre que los hechos objeto de la misma pueden originar el descrédito, desdoro o desprestigio de una persona, es preciso que concurren dos requisitos. *En primer lugar*, que la información sea veraz y se refiera a asuntos públicos de interés general por

las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (SSTC 240/1992, 3/1997 y 144/1998). Sólo entonces el derecho al honor cede ante la libertad de información que no sólo tiene aspecto de derecho y de deber, sino que sobre todo es una pieza esencial en la configuración del Estado democrático garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo (STC 199/1999). Esta veracidad exigible no se identifica con la realidad incontrovertible de los hechos que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de solamente aquéllos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 297/200), pues la protección constitucional se dispensa a las opiniones *veraces*, no sólo a las objetivamente verdaderas, como se desprende del propio texto del artículo 20.1 *d*) CE. La total exactitud puede ser controvertida (STC 192/1999) y cabe admitir que se incurra en errores circunstanciales o resulte una información incompleta que no afecte a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 192/1999). La veracidad está reñida con la transmisión de suposiciones. Meras invenciones, insinuaciones insidiosas, noticias gratuitas o infundadas o simples rumores carentes de toda constatación (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995 y 200/1998). Numerosas resoluciones del TS y TC hacen referencia al desarrollo de una actitud diligente a fin de comprobar la realidad de los hechos, exigencia que debe ponderarse en un deber de racionalidad, con máxima intensidad cuando pueda suponer descrédito ajeno (SSTC 240/1992, 178/1993, 200/1998), si bien la utilidad social pueda actuar como paliativo que aporte una mayor flexibilidad en la materia. Ha de tratarse de una información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su verdad objetiva sea controvertible. *El segundo de los requisitos* se refiere al interés y relevancia de la información divulgada en tanto que la libertad de información se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados como noticiables porque existe un interés general en el conocimiento de datos o antecedentes sobre los que versa. Para valorar la trascendencia pública de una noticia se pueden tener en consideración diversos elementos (SSTC 210/1992, 41/1994, 144/1998): así el interés público *strictu sensu* como contribución a la formación de una opinión pública libre, el carácter público de la persona objeto de información y el medio de comunicación utilizado (STS de 16 de marzo de 2001)».

La actuación profesional de algunas personas les priva de su carácter privado.—En la sentencia anotada el aparejador, yerno del Fiscal de Grado al que se le paralizan las obras, no puede negar su carácter de persona pública «haciendo especial hincapié en su condición de industrial privado y que la información efectuada ha afectado de modo relevante a la órbita de sus negocios privados (...). El aspecto público no solo comprende a quienes están investidos de tal condición, sino también a aquéllos que están implicados en asuntos de relevancia pública (STS de 16 de marzo de 2001)». (STS de 4 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La voz de Asturias* con fecha de 12 de noviembre de 1989 informó que el Ayuntamiento de Candamo iba a presentar una querrela contra el Fiscal de Grado, por presuntas amenazas, relatando los hechos acaecidos según la versión obtenida del ayuntamiento y del Alcalde con todas sus incidencias y antecedentes. Con fecha posterior de 17 de noviembre de 1989 el mismo

medio de comunicación informa que la comisión de Gobierno del Ayuntamiento ha acordado remitir al Fiscal General del Estado las actuaciones del Fiscal de Grado para que determine responsabilidades disciplinarias. La periodista que realizó los reportajes se limitó a publicar noticias contratadas por el Ayuntamiento. Los hechos que dan lugar al pleito se basan en la paralización de unas obras en que intervenía el yerno del Fiscal –aparejador–. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. El TS confirma las dos instancias anteriores. (M. F. N. C.)

7. Derecho al honor: contenido. También abarca la presunción de inocencia.—«El concepto del derecho al honor deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración personal de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; –siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SSTS de 24 de septiembre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990) –la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SSTS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991) (STS de 24 de febrero de 2000)». Si la información difundida imputa la comisión de un delito con base en *fuentes indeterminadas*, esta información no sólo atenta contra el honor en las dos vertientes que lo caracterizan, sino que además implica la vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido por nuestro ordenamiento como garante al presunto culpable (STS 13 de octubre de 2000).

Prevalencia del derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor.—«El derecho a la libertad de expresión es preferente sobre el derecho al honor cuando la injerencia está justificada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes concretas, esto es que verse sobre hechos de trascendencia pública así como que la información sea veraz (SSTC 6/1998, 41/1994, 320/1994) o lo que es lo mismo, sea comprobada excluyendo las invenciones, los rumores o meras insidias (STC 13/1995) o, pese a ser errónea la información, el informador haya empleado la diligencia exigible a un profesional para comprobar la veracidad de los hechos públicamente denunciados (SSTC 6/1998, 6/1996, 28/1996) (STS 23 de abril de 2001)».

Veracidad de la información. Fuentes indeterminadas.—La STC 21/2000 al abordar el problema de las *fuentes indeterminadas* ha declarado que «el deber de diligencia debe exigirse en su máxima intensidad, ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia. Junto a estos datos también ha de tenerse en cuenta que aunque la información difundida pueda considerarse de gran trascendencia –se está denunciando corrup-

ción en el ámbito de la Administración Pública— la utilidad social de la misma podía haberse conseguido de igual modo denunciando las irregularidades detectadas pero sin dar como cierto un hecho —el pago de comisiones millonarias— que podía constituir un ataque al honor de las personas a las que se refería la información y sobre cuya veracidad no existía más prueba que las informaciones suministradas por fuentes indeterminadas». Cuando el origen de la fuente de información es indeterminado el TS ha señalado que «el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (STC 172/1990), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información (SSTC 123/1993; 6/1995)». (STS de 13 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El origen de este pleito dimana en la publicación de un libro titulado *La red de Galindo* en donde se da a conocer la implicación del demandante, como personaje central o principal, en una red de actividades de narcotráfico, contrabando y prostitución, todas ellas delictivas y tanto más reprobables cuanto que el demandante habría intervenido en las mismas desde su condición de mando de la Guardia Civil con un relevante papel en la lucha antiterrorista. Las informaciones a partir de las cuales se desarrolla la trama argumental del libro, unas tienen constatación en hechos oportunamente comprobados, mientras que otras lo hacen en fuentes indeterminadas. El demandante solicita le sea reconocido la intromisión en su derecho al honor con las consecuencias económicas y jurídicas que de dicha intromisión implica a tenor de la Ley 1/1982. El Juzgado de Primera Instancia falla a favor del demandante. La Audiencia y el TS confirman la instancia anterior.

NOTA.—La información vertida en base a fuentes indeterminadas cuya consecuencia es la intromisión en el derecho al honor no es equiparable a las informaciones vertidas por un medio que reproduce *informaciones neutras*. La comprobación de la veracidad de la noticia por el medio que utiliza informaciones neutras «no es equivalente a la diligencia exigible a la que se impone en la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propios (...). La exigencia del control de fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conductas desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida. Deslindando el campo de lo que es noticia, el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que abarca a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los

datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura a meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento (STS de 18 de abril de 2000)». (M. F. N. C.)

8. Concepto del derecho al honor.—«El concepto del derecho al honor deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración personal de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; —siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SSTS de 24 de septiembre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990); —la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SSTS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991) (STS de 24 de febrero de 2000)».

Prevalencia del derecho al honor sobre el derecho a la información.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que para determinar la prevalencia de uno de estos derechos fundamentales sobre el otro hay que atender, inicialmente, al resultado de dos criterios: en primer lugar, hemos de centrarnos en cada caso concreto sin fijación apriorística de los límites entre ellos y en segundo lugar, esta ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Sin embargo, como criterio complementario a los enunciados es imprescindible, para el correcto ejercicio de la libertad de información, que la noticia verse sobre hechos de trascendencia pública, en sentido de noticiables, y que la información facilitada sea veraz. Respecto al primer requisito «la noticia transmitida versa sobre hechos de interés general cuando tienen trascendencia política, social y económica (SSTS de 4 de marzo de 2000, o 13 de abril de 2000, entre otras anteriores y posteriores a esta fecha)». «La veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas)». Determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de actuación del mismo. A este respecto las SSTC 139/1995 y 6/1996 establecen que «la verdad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia a fin de contrastar debidamente la información». Por esta razón la STC 320/1994 declaró que la veracidad de la que se informa «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores carentes de toda contestación, bien meras

invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado».

En la sentencia anotada, una vez contrastado el supuesto de hecho con los criterios de ponderación generales, debemos acudir a los criterios complementarios a los anteriores para determinar la veracidad de la información suministrada en la doble vertiente en que ésta se dibuja según reiterada jurisprudencia del TC. Sin lugar a dudas podemos decir que los hechos narrados por el *Diario de Baleares* corresponden a una noticia de interés general en cuanto a su trascendencia social pues se limita a poner de manifiesto el seguimiento de un sumario relativo a hechos relevantes en la comunidad mayorquina debido a las ingerencias cometidas por una comadrona en el ámbito de su esfera laboral. Sin embargo, creemos que de ningún modo se cumple la segunda vertiente que ha de caracterizar a la veracidad de la información vertida. No por la ausencia de una verdad incontrovertible con los hechos, sino debido a la falta de diligencia del periodista a fin de contrastar debidamente la información. La causa penal abierta contra la comadrona finalizó sin auto de procesamiento, circunstancia que se omite en la publicación, es decir, falla «el deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida (STS de 25 de septiembre de 1999)». Además, la actuación del mencionado diario no solamente obvia la verosimilitud de lo sucedido sino que además incurre en sensacionalismo en cuanto que «hace constar datos innecesarios que de forma tendenciosa distorsionan la realidad y crean la apariencia de que la Sra. G.V. era la autora de graves delitos con lo que se produjo una creencia en los lectores que no se correspondía con la realidad (STS de 19 de octubre de 2000)».

Concepto de imagen a efectos de la Ley 1/1982.—«Cuando en la demanda se hace referencia a la imagen no se alude a aquel supuesto normativo que comprende la acepción de efigie, fotografía o aspecto físico, es decir, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, o representación visible de figura humana identificada o identificable (SSTS de 26 de marzo de 1993; 21 de octubre de 1996, 21 de octubre y 17 de diciembre de 1997; 30 de enero y 18 de julio de 1998) sino a la faceta de imagen personal o pública correspondiente a la acepción semántica que cabe atribuir a dicho significante de *consideración que una persona tienen a los demás* (STS de 19 de octubre de 2000)», es decir, afecta al derecho al honor en su dimensión externa en cuanto menoscaba la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás. (STS de 19 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito del que dimana esta sentencia tiene su origen en una serie de reportajes periodísticos aparecidos en el *Diario 16* de Baleares, en un período comprendido entre los meses de noviembre de 1988 a junio de 1991 en lo que pretende ser un seguimiento del sumario 56/1988 en virtud de una denuncia formulada por R. C. C. quien afirma que le sustrajeron a su hija recién nacida en el Hospital General de Palma, el día 1 de agosto de 1966, horas después del parto. Las informaciones publicadas dieron lugar a la demanda interpuesta por A. G. V. por intromisión ilegítima en el derecho al honor, y a su propia imagen con evidente desmerecimiento

personal, profesional y social resultante de las publicaciones efectuadas, pues las mismas le atribuían que en su condición de comadrona llevó a cabo: cambio de niños, la intervención en supuestas falsificaciones o alteraciones en los legajos de abortos, así como las hipotéticas ventas de bebés de madres solteras en el Hospital General. El Juzgado de Primera Instancia declara la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante y al pago de cinco millones de pesetas por los daños sufridos. En grado de apelación se desestima el recurso interpuesto por los demandados. El TS confirma las dos instancias anteriores. (M. F. N. C.)

9. Requisitos que ha de cumplir la información vertida por un medio para su prevalencia frente al derecho al honor.—Para que se dé el amparo constitucional de la libertad de información [art. 20.1 d) CE] es preciso que concurren dos requisitos: «que la información sea veraz y que se refiera a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (entre otras, SSTC 240/1992, 3/1997 y 144/1998)». «Sólo entonces el honor cede ante la libertad de información que no sólo tiene aspecto de derecho y deber, sino que sobre todo es una pieza esencial en la configuración del Estado democrático garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo (STC 199/1999)». Junto al interés o relevancia pública del asunto o del personaje en cuestión y la veracidad de la información vertida, la sentencia anotada exige que «los términos empleados (en la redacción de la noticia) no excedan de los que sean habituales dentro del marco de los usos sociales en cada momento (STS de 15 de diciembre de 2000)». En el supuesto en cuestión la noticia aparecida en el diario de información *El Independiente* versaba sobre hechos veraces referidos a un asunto público de interés general que tuvo enorme divulgación en España en el año 1989, concretamente el asesinato de un alto cargo del ejército español por una banda terrorista. El significado de la expresión «cachorros de la ultraderecha española con sed de venganza» con la que se alude a los hijos del citado alto cargo no exceden, a tenor de la resolución del TS, del significado habitual dentro del marco de los usos sociales. El término *cachorro* no produce un menoscabo en el honor de los aludidos por cuanto debe entenderse como apelativo en el lenguaje popular cuyo significado es el de «joven o nueva generación». Por otro lado, la expresión *sed de venganza* tiene su origen en las propias declaraciones de uno de los demandantes a otro medio informativo cuando fue preguntado sobre su estado de ánimo tras el fallecimiento de su padre. Estas expresiones, en ningún momento, sobrepasan el fin informativo, dando un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado atendiendo a las circunstancias en que se propició la información y a las fuentes que se utilizaron como referentes en la misma. (STS de 15 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa gira en torno a si el contenido de dos artículos publicados en el diario *El Independiente*, con fecha de 13 de diciembre de 1989, titulados «Familiares de militares asesinados por ETA investigados por el atentado Muguruza» y «Cachorros ultras con ánimo de venganza» constituyen o no un ataque o intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia falla a favor del periódico demanda-

do. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia admite el recurso y falla a favor de estos últimos considerando la información vertida en ambos artículos como atentatoria del derecho al honor de los mismos. Sustanciado recurso de casación por los demandados, el TS falla a favor de éstos, revocando la sentencia de apelación y confirmando la instancia. (*M. F. N. C.*)

10. Contenido de la libertad de expresión y de información. Vinculación entre ambos.—El artículo 20.1.a) y d) CE establece como derechos fundamentales los que expresan y difunden libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; así como para comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Del mismo modo, el artículo 10.2 del mencionado cuerpo normativo 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, el artículo 19 de la citada Declaración dice que todo el mundo 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, «la libertad de expresión y de información —activa y pasiva— son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la 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 sentencia 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 (171/1990), reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periodística 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 (STS de 7 de marzo de 2000)».

En resumen, se puede decir que el derecho fundamental de la 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.

El contenido del derecho a la libertad de expresión no alcanza a los insultos.—«El TC y el 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 transmiten son sus opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva, sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990 (105/1990), 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 (SSTS de 11 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001)».

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión y de información. Criterios ponderadores.—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 de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4 establece que la libertad de expresión y de información tiene su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de la leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Es doctrina jurisprudencial reiterada (del TC y del TS) que cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho fundamental al honor de otro, el seguimiento de las siguientes directrices:

a) que la delimitación de 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 llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información;

c) 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.

La información difundida y transmitida ha de ser una información veraz.—«La información transmitida ha de ser veraz y, además, ha de estar referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (STS de 7 de marzo de 2001)».

La excepción recogida por el artículo 8.2.b) de la Ley 1/1982 no alcanza al retrato literario.—Dice el mencionado precepto que «el derecho a la propia imagen no impedirá: ... la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social». «La caricatura dibujada, en relación con el derecho a la propia imagen no alcanza al retrato literario de carácter satírico, puesto en relación con los derechos al honor y a la intimidad (STS de 12 de enero de 2001)». (STS de 12 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—A. H. P. interpone demanda por intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar por los calificativos que le son atribuidos en el diario *La Provincia*, demandando, en consecuencia, al director de la publicación y a la editorial *Prensa Canaria, S.A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda fijando una indemnización que asciende a cinco millones de pesetas. Recurrida la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la resolución de primera instancia reduciendo la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas. El TS confirma la resolución de apelación.

NOTA.—El derecho al honor debe ponerse en relación con las libertades de información y de expresión, no para señalar prevalencias, sino para fijar límites, ya que el derecho al honor, perfectamente delimitado no se perjudica por las libertades de información y de expresión y, a la inversa, éstas se mantienen y deben ser protegidas cuando no atentan a un derecho al honor, adecuadamente delimitado. En todo caso, estas libertades no amparan las expresiones injuriosas o vejatorias, no pueden ser el vehículo intelectual de la

difamación y de la lesión a la dignidad personal. Calificativos tales como «zángano, parásito ridículo y pretencioso, pobre artículo de bromas, catástrofe natural ...» constituyen graves improprios tendentes a denigrar a la persona. (M. F. N. C.)

11. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información y de expresión.—En los supuestos en los que colisionan el derecho fundamental al honor y la libertad de información y expresión, la jurisprudencia del TS y TC coinciden: 1.º) en que la delimitación entre ellos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2.º) en que en la tarea de ponderación hay que tener en cuenta la posición prevalente (no jerárquica o absoluta) que posee el derecho a la libertad de expresión y de información frente a los derechos del artículo 18 CE. Para que prevalezca la libertad de información y expresión es necesario que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general.

El TS estima en esta sentencia que prima la libertad de expresión y de información frente al derecho al honor, ya que se trata de una crítica de carácter profesional que no supone ni insulto, ni menosprecio grave. Por otra parte, el artículo periodístico goza de indudable interés público al afectar a un servicio médico hospitalario. De esta forma el TS considera que no se vulneran ni el artículo 18 CE, ni el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo.

Libertad de expresión y de información.—El TC ha afirmado tanto que la libertad de información pertenece al ámbito de la libertad de expresión como su autonomía respecto a la misma, y ello se explica porque la libertad de información comprende un conjunto de derechos englobados en la libertad de expresión que cuentan con un perfil propio que los configura como derechos autónomos. Ambas libertades son indisolublemente complementarias y son esenciales como afirma la sentencia «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» (FD 1.º).

Prestigio profesional y derecho al honor.—Aunque ambos conceptos son difícilmente delimitables, no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor, sin perjuicio de que esa crítica, o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional pueda lesionar el derecho al honor cuando exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma según señalan las SSTS de 30 de marzo de 1992 y de 11 de octubre de 1999.

En este supuesto no se ha producido ni intromisión ilegítima en el derecho al honor, ni tampoco desprestigio profesional. En la sentencia se afirma que «el prestigio es una entidad que se obtiene a través de valoraciones ajenas, que unas veces pueden ser favorables y otras desfavorables» (FD 1.º). (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª Asunción M. L., responsable de un servicio médico, interpuso demanda de juicio incidental sobre protección civil al honor como consecuencia de la publicación de un

artículo en el periódico *Mundo Sanitario* En el citado artículo se pide irónicamente el cese o dimisión de la actora, ya que se afirma que durante la ausencia de la misma el servicio había funcionado mejor. La demanda se interpone contra don Benjamín B. R (director del periódico), don Víctor A. M. (editor del periódico) y el sindicato de enfermería *SATSE*. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia revoca la misma. Posteriormente la sentencia es recurrida en casación.

NOTA.—El TC ha evolucionado en su doctrina acerca de los supuestos de colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. En una primera fase realizó una interpretación literal del artículo 20.4 CE (que establece como límite expreso y especial de las libertades de expresión e información el derecho al honor) y en sus resoluciones destacaba la primacía del derecho del honor cuando estimaba que se había producido una intromisión ilegítima; sin embargo, tras la STC 104/1986, de 17 de julio, el TC empieza a reconocer la posición preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor (el TS también sigue esta línea en las SS de 26 de abril de 1994, 8 de marzo de 1999, 18 de octubre, 28 de diciembre de 2000 y 30 de enero de 2001, entre otras).

Por último destacamos la STS de 23 de marzo de 1987 que afirma que el derecho al honor «se encuentra integrado por dos aspectos o actividades íntimamente conexiónados: el de la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad». (*M. C. L. J.*)

12. Artículo 20.1.a) CE: reconocimiento de la expresión y divulgación de pensamientos, ideas y opiniones.—«Tal y como se recuerda en la STC 204/1997, este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en relación a los derechos regulados en el artículo 20.1 CE, distingue entre los que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones —concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor— y, por otra parte, el derecho a comunicar información que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados como noticiables (STC 136/1994)». «Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988)», y ello hace que «al ejercitar la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación (STC 223/1992)».

Respecto a la extensión de las opiniones, pareceres, críticas y comentarios sobre personas ajenas debe ser siempre en la línea del necesario respeto, lo que actúa como factor decisivo para una convivencia pacífica, libre y democrática.

El contenido de la libertad de expresión no alcanza al insulto.—«El TC y el 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 transmiten son sus opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva, sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990 (1990/105), 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 (SSTS de 11 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001)». En la sentencia anotada las afirmaciones vertidas constituyen manifestaciones de «mofa, denigratorias y vejatorias directamente personales que trascienden a la vida privada de los demandantes, ya que no se trata de propia crítica de su labor profesional, sino de decidido ataque, utilizando expresiones innecesarias y humillantes; un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente, para entrar de lleno en conductas revanchistas y rivalidades competitivas de bajo nivel cultural por su acritud y ensañamiento en el ataque personal llevado a cabo y hasta se actuó con arrogancia, lo que resulta de difícil disculpa, al tratarse de unos medios de difusión con tanta repercusión en los ciudadanos como son las emisoras de radio (STS de 15 de marzo de 2001)».

Prevalencia del derecho al honor sobre la libertad de expresión.—«Para determinar si existe o no intromisión ilegítima en el derecho al honor, ha de establecerse, en primer término, si las expresiones o hechos divulgados tienen ese carácter difamatorio o vejatorio para la persona a quien afectan que lo hagan desmerecer en el público aprecio, debiendo ser examinadas las ofensas vertidas dentro del contexto, del lugar y ocasión en que se vertieron. Dice la STC 171/1990 que el carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información misma; para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deben poder ser consideradas como expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias que sólo pueden entenderse como insultos o descalificaciones no por un ánimo o por una función informativa, sino como ha dicho la STC 105/1990, con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple (STS 6 de noviembre de 2000)». En la sentencia anotada las expresiones «incompetentes del grupo de emisoras Radio Elche», «todo lo que han tocado lo han destrozado», «os podéis sentar cada uno en despacho y decir aquello de ¿Juanito se escucha?, sí Antoñito mucho», «es el problema de la incapacidad de la incompetencia», «son tan sumamente tontos, o sea, T.O.N.T.O.S, en castellano, *fuls* en inglés, ¿cómo se dice en francés? ... tonto significa incapaz que quede claro. Bueno son tan sumamente tontos que en lugar de ocuparse de sus problemas ... están muertos, están mortecinos», «también estamos gravando esto señor G., lo digo por si usted lo quiere llevar a los Tribunales ...». Estas expresiones son consideradas por las distintas instancias como vejatorias y degradantes en el honor de las personas aludidas por su repercusión social y personal. (STS de 15 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 6 y 7 de julio de 1992 la emisora Radio Exprés, en horario de máxima audiencia, emitió ciertas expresiones que, según el parecer de los demandantes, Radio Elche, y en particular de los Srs. G. P. y G. T., gerente de *Inradio, S.L.*, titular de Radio Elche y director de la misma respectivamente, constituían intromisión ilegítima en su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, condenando a los demanda-

dos a la difusión de la sentencia mediante lectura íntegra en dos emisiones consecutivas en programas de Radio Expres, así como a publicar la sentencia a su cargo en los diarios de máxima difusión de la localidad. La Audiencia de Alicante y el TS confirmaron el pronunciamiento de primera instancia. (M. F. N. C.)

13. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información.—Para que prevalezca el derecho a la información frente al derecho al honor cuando los hechos sean susceptibles de causar descrédito o desprestigio deben concurrir dos requisitos: 1.º—La información tiene que ser veraz, sin que esto implique que los hechos sean incontrovertibles. El TC sostiene que la Constitución extiende su garantía a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio. 2.º—La información tiene que gozar de interés general y para valorar éste se pueden tomar como elementos: el interés público *stricto sensu*, como contribución a la formación de una opinión pública libre; el carácter público de la persona y el medio de difusión.

Persona privada: carácter público cuando interviene en relaciones con la Administración Pública.—Todos aquéllos que resulten implicados en asuntos de relevancia pública están comprendidos en la categoría de carácter público, por lo tanto, al contratar con la Administración se queda sometido al control de la opinión pública y se pierde el carácter de persona particular o privada.

Doctrina del reportaje neutral.—La información neutra es la procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa de la que simplemente se da traslado según señala la sentencia. La jurisprudencia entiende que, en el llamado «reportaje neutral», ha de atenderse a la exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, cuando se trate de hechos noticiables por su interés público que trascienden a la comunidad.

Ámbito del secreto sumarial en relación con la libertad de información.—No cabe extender el secreto sumarial en relación con la libertad de información más allá de sus adecuados límites (FD 2.º). Por otra parte, la interposición de una denuncia o querrela penal, y su publicidad, salvo excepciones, no están comprendidas en el secreto sumarial. (STS de 16 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Unos concejales de la oposición del Ayuntamiento de un municipio ponen en conocimiento de la opinión pública mediante una rueda de prensa la existencia de irregularidades en la compra hecha por el Ayuntamiento a un taller eléctrico. Dichas irregularidades consistían tanto en la adjudicación del contrato, al no ajustarse a la ley de Contratos del Estado, así como en el pago de precios sensiblemente superiores a los del mercado, elevándose el supuesto fraude a noventa y siete millones de pesetas. Estos hechos tuvieron gran resonancia en los medios de comunicación debido a que con anterioridad se había presentado una querrela penal contra el Alcalde por prevaricación, malversación y otros hechos punibles.

Don José Manuel C. V., empresario del taller eléctrico, formuló demanda contra los concejales en la que se solicitó que se declare la

existencia de intromisión ilegítima en su honor ya que en la comunicación mencionaban el nombre del taller eléctrico.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Don José Manuel interpuso recurso de apelación que igualmente fue desestimado. Posteriormente, interpuso recurso de casación.

NOTA.—La doctrina seguida en la sentencia anotada coincide con la que reiteradamente ha sostenido el TS y el TC en supuestos de conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la información (SSTC de 1 de diciembre de 1998 y 14 de septiembre de 1999; SSTS de 20 de diciembre de 1994, 25 de noviembre de 1997, 15 de enero, 28 de octubre de 1999, 24 de febrero, 12 de mayo, 26 de julio y 25 de octubre de 2000, entre otras).

Respecto al requisito de veracidad de la información, tanto el TS como el TC estiman que es necesaria desarrollar una conducta diligente en la comprobación de los hechos especialmente cuando pueden suponer el descrédito ajeno; sin embargo, la utilidad social aporta una mayor flexibilidad actuando como paliativo. El TC admite que la total exactitud de la información puede ser controvertida e incluso puede haber errores circunstanciales o incluso informaciones incompletas (STC de 26 de febrero de 1996). (M. C. L. J.)

14. Derecho a la propia imagen. Fotografías de funcionario de policía desempeñando su cargo. Concepto de «persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad».—La imagen de una persona es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible. Su captación, reproducción y publicación por cualquier medio no puede entenderse atentatoria contra el derecho a la propia imagen cuando «... se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público ...». La enumeración de personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad contenida en el artículo 8.2. a) de la LO 1/1982, de 5 de mayo, constituye una enumeración ejemplificativa, «... que se puede alcanzar no sólo por el cargo, que puede faltar, sino por sus relaciones amorosas, matrimonio, títulos de nobleza o de belleza, etc.» [FD 3.º]. Así pues las fotografías obtenidas en una vía pública a una policía municipal vestida con su uniforme profesional, no pueden ser calificadas como intromisión ilegítima, puesto que fueron realizadas a una persona con evidente proyección pública no sólo por su participación en los hechos, sino por ejercer un cargo público y haber sido captada su imagen en un sitio público. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Diversos medios periodísticos publicaron una serie de artículos sobre los incidentes que protagonizaron varios funcionarios del cuerpo de Policía Municipal de Santander, doña Rosa M. C., un cabo de dicho cuerpo, y otro funcionario, el cual, guiado por los celos, disparó contra el citado cabo. Dichos hechos dieron lugar a una sentencia penal condenatoria de homicidio en grado de tentativa. En distintos medios periodísticos se publicó la noticia, así como que la funcionaria había mantenido sucesivas relaciones sentimentales, con el agresor y el agredido. Dicha información se acompañó de diversas fotografías de Rosa, en concreto, fotos tomadas en la vía pública, vestida con el uniforme de policía, así como fotografías

correspondientes a diversos concursos de belleza en los que participó Rosa. Ante dichas publicaciones, la representación legal de Rosa interpuso demanda de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra diversos medios periodísticos. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia, al igual que el recurso de apelación que se interpuso frente a la misma. La parte demandante interpuso recurso de casación, alegando que si bien las noticias publicadas respondían al ejercicio del derecho de información, en la misma se incluyeron datos personales, relativos a la intimidad de la actora, que resultaban ofensivos para una persona de sensibilidad media. Igualmente, en cuanto a las fotografías de su participación en diversos concursos de belleza que se publicaron, se alega que el consentimiento otorgado en su día para los concursos no puede extenderse a la publicación posterior de las mismas.

NOTA.—La STS que venimos anotando profundiza en el concepto de «persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública», incluyendo dentro de la misma no sólo a funcionarios públicos, como en los hechos, una policía municipal, sino también a aquellos sujetos que alcancen esa notoriedad por sus relaciones amorosas, matrimonio, título de nobleza o belleza, etc.

Sin embargo, por cuestiones procesales, no aborda la cuestión del alcance del consentimiento de la recurrente en cuanto a las fotografías tomadas durante su participación en un concurso de belleza, y si el mismo puede extenderse a los reportajes que se enjuician. El TS tiene declarado en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 3 de noviembre de 1988, de 16 de junio de 1990, de 18 de julio de 1988 y, de 24 de octubre de 2000), que los límites del derecho a la imagen vienen determinados por la propia LO 1/1982, de 5 de mayo, de una manera mucho más clara que con respecto a los derechos a la intimidad personal y al honor. El consentimiento no sólo excluye el carácter de intromisión ilegítima sino que se puede entender consubstancial a ciertas profesiones. En tales supuestos, cuando nos encontramos ante la calificación de un sujeto como persona de proyección pública, entiende el TS que, con respecto a la misma, «se afirma que su derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye», sobre todo, cuando nos encontramos con la publicación de la imagen de una persona de proyección pública en lugar público, esto es, en cuanto a los hechos, con relación a las fotografías de la recurrente, vestida con uniforme de policía en la vía pública. Sin embargo queda sin concretar en la sentencia si, como en otros supuestos, como por ejemplo el analizado por el TS en la S de 18 de julio de 1998, por lo que respecta a las fotografías tomadas durante el concurso de belleza, «... el consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía». (R. D. O.)

15. Error en el encabezamiento de un proceso. Irrelevancia.—El hecho de que en un proceso incidental se establezca en el encabezamiento

«vistos ... los presentes autos de juicio declarativo de menor cuantía», no debe significar menoscabo de la pretensión de la parte afectada, incluso si se hubiera utilizado el cauce del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, suponiendo un aumento en las garantías para la parte afectada.

Legitimación *ad causam*.—Se constituye como la cualidad de una persona para hallarse en la posición que fundamenta el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar (FD 2.º).

Discriminación por razón de sexo. Normativa Comunitaria.—La discriminación por razón de sexo en el plano laboral supone poner un óbice para que se desarrolle una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres (STC de 21 de diciembre de 1982 y 21 de marzo de 1986). La figura de la *affirmative actino* en derecho norteamericano recoge la igualdad absoluta del hombre y la mujer, desde una perspectiva laboral a través de previsiones constitucionales. La influencia de la Unión Europea en los Estados miembros se refleja en la normativa del Tratado de la Comunidad Europea, artículo 141, reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo, según Directiva 76/207 que reconoce el principio de igualdad de trato; o el artículo 119 del Tratado. Así como el proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras solicitaron su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, asociación de derecho privado dedicada a la explotación de la riqueza piscícola del Lago de la Albufera. Se rige dicha Comunidad por las costumbres y tradiciones, careciendo de Estatutos, entre las que se encuentra que el derecho a pescar es atribuible a los hijos y nietos varones de los cofrades, a través de un verdadero derecho hereditario. La solicitud de ingreso fue rechazada por la Junta Directiva, indicando que las solicitantes no reunían los requisitos exigidos. Se presentó demanda sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando formar parte de la Comunidad, en las mismas condiciones que los hombres hijos de pescadores. El Juzgado dictó sentencia, estimando íntegramente la demanda. La Comunidad de Pescadores presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. Del mismo modo se presenta recurso de casación ante la Sala 1.ª del TS. (P. S. S.)

16. Doctrina del levantamiento del velo. Requisitos.—El TS tiene declarado de manera reiterada que para la aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, ha de probarse que la sociedad en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de otra sociedad que la controla, siendo «... un simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad ni personalidad propia ...» (FD 1.º). La tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal y patrimonial de las entidades o sociedades, debe utilizarse cuidadosamente, es de aplicación limitada, pues lo normal «... es el obligado respeto a la forma legal», y sólo excepcionalmente y de manera subsidiaria, cuando quede probado que la forma esconde una ficción, y que por tanto se produce un fraude de ley y un abuso de la personalidad jurídica, se puede utilizar la doctrina del «levantamiento del velo». Sin embargo, no ha quedado suficientemente probada ni la interdependencia patrimonial y personal de

ambos entes, ni que se mantuviera la administración única de ambas, como sucedió en un principio, ni que, finalmente *Seagra, S.L.* carezca de funcionamiento real e independiente con respecto a *Dimasa, S.A.*, como pretendió la Sindicadura de la quiebra de la misma. (STS de 17 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicadura de la quiebra de *Dimasa S.A.*, demandó a la entidad *Seagra S.L.*, y *Dimasa S.A.*, solicitando que declarara la identidad entre las demandadas, y alternativamente, que declarase que *Seagra S.L.*, es una sociedad pantalla o sucursal de *Dimasa S.A.*, y que por tanto, debiera hacer frente a los acreedores de esta última. Estimada la demanda en primera instancia, se declaró que ambas entidades constituyen un mismo ente societario y que por tanto *Seagra S.L.*, debía asumir las responsabilidades contraídas por *Dimasa S.A.* Recurrida dicha resolución en apelación, la Audiencia Provincial estimó el mismo, absolviendo a las demandadas. La representación legal de la Sindicadura de la quiebra de *Dimasa S.A.*, interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la infracción por inaplicación del artículo 7 CC, artículo 6.4 del mismo cuerpo legal, en conexión con el artículo 9.3 CE, así como por defectuosa y errónea aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo.

NOTA.—En la sentencia que venimos anotando el TS reitera su doctrina acerca de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en cuanto a su aplicación limitada, excepcional y subsidiaria (FD 1.º de la STS de 31 de octubre de 1996, entre otras). Si bien es cierto que la aplicación de la misma pretende evitar que se produzca un abuso de derecho y un fraude de ley, así como la posible lesión de derechos de terceros, es igualmente cierto que también es de obligado respeto la forma legal y la personalidad jurídica de las mismas. En el supuesto que anotamos, al no quedar probada la interdependencia patrimonial ni personal de las dos entidades demandadas, *Dimasa, S.A.*, y *Seagra, S.L.*, no cabe la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, como pretendió la Sindicadura de la quiebra de *Dimasa, S.A.* (R. D. O.)

17. Doctrina del levantamiento del velo. Confusión de personalidades y de patrimonios.—El TS ha declarado en reiteradas ocasiones que la función de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, expresión adaptada de la palabra anglosajona *disgread* y de la germana *Durchgrift*, es desvelar la realidad fáctica de distintos entes con personalidad jurídica creada para ficciones fraudulentas, que puedan implicar «... la frustración de los derechos de terceros, ... pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique elusión en el cumplimiento de un contrato así como la burla de la Ley como protectora de derechos ajenos ...» [FD 3.º]. Como técnica busca penetrar en la realidad económica de la personalidad jurídica de los entes sociales, tratando de descubrir sus efectivas relaciones sociales y responsabilidades ante los terceros con los que contrata, intentando aflorar *ad extra* la verdad material subyacente, cuando la misma se encubre bajo la apariencia de un ente con personalidad jurídica.

Doctrina del «levantamiento del velo» y tercería de dominio. Requisitos: la condición de tercero.—La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC de 1881, es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso, en este caso, un grupo de abrigos de pieles. Para ello, el actor debe no sólo acreditar su dominio pleno y excluyente sobre dicho bien, sino igualmente su condición de tercerista. Así pues se entiende que no puede prosperar el ejercicio de la tercería de dominio sobre los bienes litigiosos en aquellos casos en los que, en función de la realidad fáctica del supuesto, se constata la existencia de una confusión de personalidades y de patrimonios entre las entidades terceristas y ejecutadas, como en el caso que nos ocupa, y que, por tanto, no concurre en la persona del actor la condición de tercero (vid. al respecto SSTs de 22 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1992, 11 de noviembre de 1995, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1999). (STS de 22 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Distrito Piel S.L.*, formada como únicos socios por don Alejandro y doña Gabriela, obtuvo del *Banco de Asturias*, un crédito de doce millones de pesetas y pagadero en un año. Vencido dicho plazo, e impagado el mismo, se produce una transferencia de activos de la sociedad deudora a favor de la entidad mercantil *Distrito León 24000, S.L.*, a la que se aportan los dos únicos inmuebles propiedad de la entidad deudora. Iniciado juicio ejecutivo por la entidad bancaria, se procede al embargo de una serie de abrigos de pieles de distintas calidades, que se encontraban en el establecimiento mercantil de la entidad *Distrito Piel, S.L.*, expuestos para su venta al público. La entidad *Distrito León 24000 S.L.*, de la que son únicos socios el matrimonio formado por don Alejandro y doña Gabriela, y por la referida entidad *Distrito Piel, S.L.*, entabla tercería de dominio contra el *Banco de Asturias*, como ejecutante, y *Distrito Piel S.L.*, don Alejandro y doña Gabriela, como ejecutados. Desestimada la pretensión en primera instancia, y posteriormente el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la representación legal de la entidad *Distrito León, S.A.*, interpuso recurso de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo.

NOTA.—Establecida en virtud de la doctrina del levantamiento del velo la confusión de patrimonios entre ambos entes sociales, no podemos entender que concorra en el actor la condición de tercerista, imprescindible para el ejercicio de la correspondiente tercería de dominio, al producirse entre ambos entes no sólo la confusión patrimonial antes indicada sino también la identidad entre los socios de una y otra, como sucede en el caso. El TS reitera en la presente sentencia, con cita de las ya numerosas sentencias que sobre el levantamiento del velo ha dictado, en concreto SSTs de 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1997, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 15 de octubre de 1997, entre otras, que la finalidad de la doctrina del levantamiento del velo es penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley les reconoce personalidad jurídica, para evitar que «... al socaire de esa

ficción o forma legal (de respeto obligado), se puedan perjudicar intereses, públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás ... es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio anti-social de su derecho (art. 7.2 CC)» (FD 1.º, STS de 31 de octubre de 1996). El TS entiende que, en estos supuestos, no se aplica la teoría también de origen jurisprudencial americano de *piercing the veil* o rasgar el velo, esto es, destruir la sociedad o aniquilar su personalidad a través del *disregard of legal entity*, sino que, únicamente, se procede al levantamiento del mismo, esto es, averiguar cual es la realidad subyacente, en este caso, la interdependencia personal y patrimonial de ambos entes, y evitar que se produzca la lesión de los derechos de los terceros, en este caso, el *Banco de Asturias*. (R. D. O.)

18. Colegios profesionales. Naturaleza y régimen jurídico de los mismos.—Los Colegios profesionales son unos entes que presentan un carácter bifronte, por una parte, como «*Corporaciones de Derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines*» (art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales), cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados sino también «de las determinaciones obligatorias del propio legislador» (FD 4.º), y de otra, como corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros. Su faceta asociativa privada, entiende el TS, ha de estar sometida al derecho civil, pues «... todo lo relativo a la adquisición, conservación, recuperación, pérdida o administración de sus bienes privativos, en nada afecta al orden administrativo ...» (STS de 12 de junio de 1990).

Distinción de los Colegios profesionales con respecto a las asociaciones, y a las sociedades civiles o mercantiles.—Como el TC tiene declarado, los Colegios profesionales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público cuyo origen, organización y funciones no dependen de la sola voluntad de los asociados sino también de las propias determinaciones del legislador. Siguiendo la doctrina del TC, el TS singulariza a los Colegios profesionales, personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público, porque «... pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado ...» (FD 4.º, reproduciendo la doctrina del TC contenida en la STC 123/1987, de 15 de julio).

Falta de competencia del orden civil. Sometimiento al orden contencioso-administrativo.—Partiendo de la concepción mixta de los Colegios profesionales, y aun cuando las partes han centrado el debate en la distribución del patrimonio del extinto Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa, el TS entiende que lo que verdaderamente está en cuestión «es el propio proceso de disolución y liquidación del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao, sometido como tal proceso al Derecho Administrativo y no al Derecho civil o mercantil» (FD 6.º). (STS de 13 de diciembre de 2000; abstención).

HECHOS.—Tras la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la cual ordenaba la disolución y liqui-

dación de los Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa, así como la integración de sus miembros en los Colegios de Corredores de Comercio, el 26 de julio de 1989 se celebró Junta General Extraordinaria del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao, con asistencia únicamente de los Agentes en activo, y se procedió al nombramiento de los liquidadores, dándose cuenta de que al día siguiente se iba a proceder a la venta de todo el mobiliario, así como de la participación que el Colegio tenía en el Servicio de Coordinación de la Sociedad Rectora. Con anterioridad a dicha Junta, se había procedido ya a la venta del edificio de la Bolsa de Bilbao por un precio de 420.000.000 pesetas. El dinero obtenido con tales ventas se repartió entre todos los Agentes, tanto activos como jubilados. Sin embargo, además de dichos bienes, existían unas fianzas suplementarias-solidarias, constituidas por los propios Agentes, e inversiones del propio Colegio con el remanente de los corretajes de determinadas operaciones. Asimismo también existía una sociedad, *N.S.A.*, titular de acciones de la sociedad *Mercado C, S.A.*, que se vendieron a la *Sociedad Rectora de la Bolsa de Bilbao*. El problema se planteó entre los Agentes jubilados y los Agentes en activo, al no existir consenso entre las partes sobre lo que debía considerarse patrimonio del Colegio a los efectos de la liquidación, entendiendo los primeros que se liquidó su participación patrimonial en el Colegio por un valor muy inferior al real, sobre todo en relación con las fianzas suplementarias. El citado grupo de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao jubilados interpuso demanda de juicio de mayor cuantía solicitando que se declarara el derecho de los mismos a que se realizara de nuevo y con valores reales y totales, la liquidación de la cuota patrimonial que cada uno de ellos tenía en dicho Colegio, basando la misma, fundamentalmente, en la aplicación de normas de derecho privado, artículos 35.2 y 36 CC, y, analógicamente, las normas sobre la herencia y la partición. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, declarando el derecho de los demandantes a que se practique nuevo inventario, valoración y liquidación del extinto Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao. La parte demandada interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1704.1 en relación con el artículo 4.1 CC, y artículos 1708 y 1214 CC.

NOTA.—El TS analiza en esta extensa sentencia el carácter bifronte de los Colegios profesionales como Corporaciones de Derecho Público (art. 35 CC), cuya dimensión como tales los lleva a ser equiparados por el TC (STC 123/87, de 15 de julio) con administraciones públicas de carácter territorial, equiparación limitada a los «solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquellos» (FJ 4.º); y como entes privados, que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros. El TS se plantea de oficio su propia competencia puesto que, aun cuando las partes habían orientado la litis al derecho civil, y ser una cuestión relativa a la división del patrimonio del citado Colegio, el TS entiende que

no estamos ante aspectos puramente patrimoniales, sino que realmente, lo que está en cuestión, es el proceso mismo de disolución, ámbito puramente administrativo, teniendo en cuenta que estamos ante un proceso de disolución y liquidación de una Corporación de Derecho Público. Por dicho motivo se abstiene de conocer del recurso. (R. D. O.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

19. Nulidad de subasta notarial para la venta de acciones de Sociedad Anónima.—Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, se pone de manifiesto de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos como es el de la hipoteca en que las partes han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una *provocatio ad offerendum*; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. La adecuada difusión de la subasta se consigue teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los anuncios sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica.

Anunciadas las subastas cuya nulidad se demanda el día 23 de julio de 1992 mediante su publicación en el diario *Marca*, que si bien tiene difusión nacional, no parece el más adecuado por su exclusiva dedicación a temas deportivos, para el anuncio y difusión de unas subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras, las subastas se celebraron el siguiente día 24, del mismo mes y año, a las nueve horas; no se observaron, por tanto, unos mínimos plazos entre la publicación del anuncio y su celebración. Acoge, en consecuencia la Sala el motivo que se examina, declarando la nulidad de las subastas celebradas por vulneración del fundamental requisito de publicidad de las subastas que no puede entenderse cumplido al haber mediado entre su anuncio y la celebración un plazo cuando más, de veinticinco horas, que, lógicamente, no podían desconocer el acreedor y el Notario autorizante que era a todas luces insuficiente para provocar la concurrencia de postores que hubieran podido elevar el precio ofrecido por las acciones a obtener el mayor precio posible. (STS de 21 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En nombre y representación de *Compañía Mobiliaria, S.A.* se formuló demanda de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de los de Madrid, sobre reclamación de nulidad de subastas y adjudicaciones por fraude a la Ley o subsidiariamente en reclamación de cantidad, contra el *Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO)*, siendo estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid. (A. G. B.)

20. Simulación contractual.—La figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica. El contrato con simulación está afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1276, como por lo dispuesto en los artículos 1275 y 1261 en relación con el artículo 6.3, todos del Código civil.

Recurso a la prueba de presunciones para apreciar la simulación.—La necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1253 CC para apreciar la realidad de la simulación es doctrina reiterada del TS, que en sentencias anteriores ha declarado que al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones.

Carga de la prueba.—El artículo 1214 CC no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino que, simplemente, regula el *onus probandi*, la carga de la misma entre las partes, y sólo puede ser alegada su infracción cuando ante la falta absoluta de prueba sobre determinados hechos, se hace una incorrecta distribución de la carga de la prueba haciendo recaer las consecuencias de la inexistencia de prueba sobre la parte que no venía obligada a aportar esa prueba. (STS de 27 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La discusión que está en el origen de este pleito se centra en el pretendido fraude de acreedores que comporta la cesión de fincas realizada por el socio mayoritario, G. G. de la F. a la mercantil *I., S.A.* como aportación a la sociedad. Los demandantes solicitan también, en primera instancia, la nulidad de la hipoteca constituida por *I., S.A.* sobre la citada finca, a favor de J. R. Y. G., alegándose tanto el fraude de acreedores como la simulación, ya que no se considera acreditada la entrega de la cantidad objeto de préstamo a la sociedad. En primera instancia se desestiman las pretensiones de los demandantes, pero la Audiencia estima la existencia de simulación. (M. C. P. A.)

21. Pacto de fiducia. Concepto y caracteres. Calificación como supuesto de fiducia cum amico.—El negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que un sujeto, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista. En el supuesto que nos ocupa, nos encontramos ante una simulación en relación a

la compra de don Esteban, «mediando entre ambos negocios jurídicos el nexo de confianza propio de los vínculos amistosos y de los derivados de las circunstancias de ser socios de la misma entidad ...» (FD 7.º). En dicha relación de confianza radica la causa de dicho negocio, sin que sea necesario la preexistencia de una relación de garantía.

Usucapión y fiducia.—La doctrina y la jurisprudencia exigen, para que opere la prescripción adquisitiva, que la posesión sea a título de dueño, pacífica y no interrumpida, «sin que pueda incluirse en aquel concepto al fiduciario, ...puesto que no posee en concepto de dueño» (FD 10.º). Como consecuencia, tampoco puede entenderse que los herederos del fiduciante, a los efectos de los artículos 436 y 661 CC, sean poseedores en concepto de dueño, puesto que aun cuando sucedan a su causante en todos sus derechos y obligaciones, no concurre en ellos la posesión en tal concepto. (STS de 5 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de julio de 1943, don Gerardo y don Esteban, socios de la empresa *G y T, S.A.*, constituida en 1937, en representación de la misma, otorgaron escritura pública de compraventa por la que adquirían un trozo de terreno huerta, y don Gerardo para sí, dos inmuebles, siendo objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad el documento referido a las fincas adquiridas por don Gerardo. Fallecido don Esteban en 1946, quedan como herederas su esposa, doña Albertina y su hija doña Pilar. Posteriormente, en 1962, don Gerardo suscribe un documento en que declara que si bien los citados inmuebles constan en el Registro de la Propiedad a su nombre, realmente sólo le corresponde un 62,5 por 100 de la propiedad de los mismos, mientras que a doña Albertina, un 25 por 100, y a doña Pilar, un 12,5 por 100. Fallecidos don Gerardo en 1975, y doña Albertina en 1993, doña Pilar hija y heredera única, demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a los herederos de don Gerardo, ejercitando una acción reivindicatoria sobre los dos citados inmuebles. Desestimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue revocada en grado de apelación. Contra dicha resolución interpusieron los herederos de don Gerardo recurso de apelación, alegando, entre otros motivos, incongruencia de la sentencia de instancia (motivo 1.º), así como usucapión de los citados inmuebles (motivo 10.º).

NOTA.—En la sentencia que anotamos no explica el TS con suficiente claridad cuál es el criterio utilizado para resolver el supuesto. Si bien reconoce la existencia de un pacto de fiducia entre don Esteban y don Gerardo, pacto que llevó a que fuera don Gerardo quien adquiriera la propiedad del inmueble en cuestión, para sí y para su socio, don Gerardo. El TS habla, sin embargo, de simulación en lo referente a la compra de don Esteban (FD 7.º), es decir, entiende que cuando don Esteban compra para la sociedad, se produce una simulación, que entiende relativa, [«por demás esta Sala tiene proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz» (FD 7.º)], pero no se alcanza a entender cuál es el negocio disimulado y el que se utiliza como negocio simulado se utiliza la de los inmuebles que adquirió don Gerardo. (R. D. O.)

22. Dación en pago.—La dación en pago es aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago. Respecto a su naturaleza, ya se decía en S de 8 de febrero de 1986 que «... concurren los requisitos necesarios para su validez y, concretamente, si el crédito ... sirvió de contraprestación a la disposición por el vendedor de los bienes inmuebles a que se contrae. La S de 13 de febrero de 1989 refiriéndose a la adjudicación en pago de deudas dice que *la datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando como crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en S de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda»; esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación y así lo viene exigiendo con reiteración la jurisprudencia que en S de 15 de noviembre de 1993 dice que «el artículo 1445 CC requiere para la existencia del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, ahora bien, la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de la perfección del contrato, o diferirse para un momento ulterior ...».

Ilícitud de causa.—Ha de precisarse el carácter técnico del defecto o patología que afecta a esa controvertida dación en pago o negocio traslativo llevado a efecto por las partes, pues, el recurrente en su postulación de que se decrete la nulidad del mismo por ilicitud de la causa trae a colación, entre otras, las SS de esta Sala de 17 de enero de 1927 y la de 2 de diciembre de 1981; por la primera, se califica de causa ilícita el negocio efectuado cuando se ha detectado en el mismo un «móvil determinante de la inmoralidad de la convención», y en la segunda, una nulidad, por ilicitud de la causa al ser contraria a la ley o a la moral al perseguir el negocio un fin ilícito o inmoral.

En el caso debatido, la cuestión se centra, en que se pacta una compraventa o dación en pago sin explicitarse esa motivación interna de impedir las consecuencias de un proceso penal para el recurrente, que luego inevitablemente aconteció, incluso, con condena. Así las cosas, es claro que *ab initio*, esta parte como la otra conciertan un negocio con aparente normalidad, porque se entrega algo para compensar una deuda preestablecida —causa atributiva— y su rechazo proviene precisamente no por el objetivo o finalidad externa pretendida en el sinalagma funcional sino por la clamorosa desproporción en el *quantum* de cada prestación.

Ahora bien, al ser los móviles internos para cada parte los expuestos, es decir, para el actor eludir las resultas de ese proceso penal y, para el demanda-

do actuar en consecuencia, es claro, que si esos eran los móviles, los motivos como finalidad externa y relevante para integrar la causa respondían a la compensación de la deuda reconocida en el contrato repetido por esa contraprestación recepticia, ya parece indiscutible que ello gravitaría, sobre todo, en el ánimo del recurrente, que, por tanto, actuó bajo la compulsión o peso de que si no contrataba así le provendría ese mal de la condena punitiva. Por tanto, se concluye, que esa motivación interna, o móviles relevantes deben estructurar los citados por la jurisprudencia relatada presupuestos para delimitar el ámbito de la causa, habiendo de aplicar al efecto la idea motriz que priva en nuestro ordenamiento jurídico de reputar todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad apreciada en su conjunto, lo que equivale, secundando la tesis subjetiva, a elevar por excepción el móvil en verdadera causa por imprimir u orientar a la voluntad de la parte en un objetivo ilícito del negocio (SS además de las vistas las de 17 de marzo de 1956 y 23 de noviembre de 1961); de lo que se deriva, en definitiva, que esa ilicitud provoca la nulidad del contrato, especie de ineficacia que, aunque proviene de una nulidad radical postulada, conlleva, también, a la resolución de lo así pactado con la retroacción de las prestaciones, *ex* artículo 1303 CC. (STS de 30 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de los de Madrid desestima la demanda interpuesta por los actores en la que se pretendía la nulidad de la escritura de 27 de enero de 1984 y, subsidiariamente, el reintegro económico postulado, decisión que fue objeto de recurso de apelación interpuesto por la actora, resuelto, igualmente, en sentido desestimatorio por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS declara haber lugar al recurso de apelación. (O. M. B.)

23. Vicios del consentimiento: dolo provocado por tercero.—Aun cuando esta Sala ha dispuesto reiteradamente —S de 17 de mayo de 1988 y demás que ésta recoge— que «el tema relativo a los vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a libre apreciación de los tribunales de instancia», no cabe olvidar que esa apreciación ha de estar fundamentada y no sostenida en meras conjeturas, de forma que la calificación jurídica que se atribuya a aquellos hechos o actos, que tienen que ser fundamentales, sea comprobable en casación según puede entenderse desde las SS de 6 de noviembre de 1948 y 8 de febrero de 1955.

La maquinación que lleve a la prestación de un consentimiento por ella viciado hasta producir efectos de nulidad contractual, ha de empezarse por ser grave —según señala la S de 29 de marzo de 1994— y ha de ser ocasionada sólo por el otro contratante en exigencia expresa de los artículos 1269 y 1270 CC y de la S de 8 de marzo de 1929 porque, como dice ésta, «el dolo procedente de un tercero que no interviene directamente por sí ni debidamente representado en el contrato cuya nulidad se pida por razón del engaño de que fuese víctima quien la reclama no anula, en general, el consentimiento prestado mediante tal engaño» y podrá, si acaso, producir como única consecuencia en el orden civil el resarcimiento del perjuicio a cargo de quien urdió la maquinación.

Rescisión de contrato de venta de inmueble por lesión en más de la mitad del precio justo.—La Compilación de Derecho civil especial de Cataluña prevé en su artículo 323.1 la posibilidad de rescindir, entre otros, el con-

trato de compraventa de bienes inmuebles, desde el dato objetivo de la existencia de lesión en más de la mitad del justo precio por diferencia entre el convenido y el valor real o en venta que al tiempo de otorgarse el contrato –según precisa el artículo 324– tuvieran en la misma localidad cosas iguales o análogas, siendo en base de esos dos elementos –precio convenido y precio correspondiente al valor real– que ha de determinarse la prosperabilidad o no de la pretensión formulada en la demanda sobre esta posibilidad según resultado de lo probado. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers, fueron vistos los autos de menor cuantía núm. 438/92, sobre declaración de nulidad de escritura de compraventa. Estimada la demanda, contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación que fue desestimado. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

24. Planteamiento de las acciones de nulidad radical y de rescisión.–No existe obstáculo para el ejercicio subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores, cuando se plantea como acción principal la de invalidez del negocio. Se debe negar la posibilidad de que, junto a la declaración de invalidez se acoja también la acción rescisoria, debido a la incompatibilidad de fundamentos y efectos de la nulidad y rescisión. La doctrina reiterada del TS admite el ejercicio *ad cautelam* (SS de 28 de enero de 1892, 19 de diciembre de 1916, 12 de marzo de 1919, 2 de junio de 1927, 3 de febrero de 1993).

Simulación absoluta de contrato de donación.–Se produce en supuestos en los que se intentan colocar los bienes fuera del alcance de las reclamaciones de los acreedores. Se carece de la causa de la donación, que responde a una simple apariencia de disposición de bienes que no disimula otro negocio. Cabe la posibilidad de que el donante disponga de alguno de los bienes donados, pero la reserva de la totalidad de los bienes junto con su retención sirven de referencia para afirmar la inexistencia de transferencia de posesión que comporte beneficio alguno a los donatarios. (STS de 27 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.–El Banco de Alicante había concedido con fecha 6 de marzo de 1991 un crédito al matrimonio A-N, por plazo de un año, reservándose el Banco la facultad de cerrar la cuenta en cualquier tiempo, con el único requisito de notificarlo por carta. El Banco interpuso demanda y con fecha 11 de noviembre de 1991 se practica requerimiento de pago y se procedió al embargo de diversas fincas. No obstante no fue posible anotación registral de embargo por hallarse inscritas a nombre de los tres hijos del matrimonio, como consecuencia de una escritura de donación otorgada el 28 de octubre de 1991. En esta escritura de donación se prohibía a los donatarios disponer de los bienes sin consentimiento de los donantes, que se reservaban dicha facultad, constituyéndose una comunidad de bienes para su explotación. El Banco formuló demanda contra el matrimonio así como contra los tres hijos, solicitando se declarara inexistencia del negocio de donación, y subsidiariamente se acordase su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia acogió el pedimento primero. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Se presenta recurso de

casación, alegando infracción del artículo 533.6.º LEC, así como artículos 639 y 1261 CC, así como los artículos 1111 y 1291 CC.

NOTA.—La negativa del TS de que la reserva de la disposición de los bienes donados alcance a la totalidad no es compartida por toda la doctrina. Así, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos) argumentan la separación del Código civil con respecto al modelo francés en el que rige la regla *donner et retenir ne vaut*. No existen razones para negar la posibilidad de reserva total, ya que la reserva no incide en la donación hasta que el donante haga uso de la facultad. (P. S. S.)

25. Cuestión de competencia por inhibitoria. Juzgado competente aquel al que las partes se sometieron.—El tema de debate se construye a la determinación de la validez o no de la cláusula que figura impresa en la nota de entrega suscrita por el demandado; cuestión que se reduce a determinar si el citado cliente cuando recibió las mercancías y firmó el albarán prestó su consentimiento a la renuncia del fuero propio.

Al respecto es conocida la jurisprudencia de esta Sala que, sin perjuicio de mantener el carácter preferente de la sumisión expresa o tácita (art. 56 LEC) sobre los llamados fueros legales establecidos con carácter supletorio, para los supuestos que falte esa sumisión (art. 62 de la citada ley), se han mirado con especial cuidado aquellas cláusulas que figuran impuestas por una de las partes contratantes, como son las que se hacen constar en los albaranes y facturas, y este examen se ha de hacer en su doble aspecto: 1.º En determinar la bilateralidad de la cláusula, esto es, a si hay indicios de que no ha sido aceptada libremente por la parte adherente a la misma, como son los supuestos de que no aparezcan suscrita la hoja en que figura, o que se halle escrita en diferente tipo de letra de las demás contenidas en el texto del documento que hagan difícil su lectura y pueda deducirse que ha firmado el documento sin percatarse de la existencia de la cláusula. 2.º Aun en el supuesto de que se pueda deducir que prestó su adhesión a la cláusula con conocimiento de la misma, hay que definirse si la cláusula de sumisión estudiada es o no abusiva, de acuerdo con el artículo 10 y 10 *bis* LGDCU.

Adhesión a la cláusula de sumisión con renuncia al fuero propio.—En atención a lo expuesto, y del examen del documento, el Tribunal entiende que la cláusula fue aceptada en uso de la libertad contractual, por el comprador en cuanto la nota de entrega fue firmada en su adverso, en el que figuraba, además de los datos del comprador y de la entidad vendedora, como único texto impreso la cláusula de sumisión expresa, cláusula que cumple los supuestos del párrafo segundo del artículo 56 LEC, cuyo formato impreso es de fácil lectura, y aparece con claridad la determinación de su contenido, siendo por otra parte el único cuerpo de escrito que conforme la «nota de entrega», por lo que su lectura debe considerarse inexcusable al comprador receptor de las mercaderías, por lo que se hace preciso aceptar que el comprador renunció a su propio fuero.

Validez de la cláusula de sumisión. Condición de comerciante. Inaplicación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Respecto de la validez de la cláusula objeto de examen, aun reconociendo que ha sido puesta por la vendedora, no sólo por ello ha de entenderse abusiva, pues al comprador, en este supuesto, no le es aplicable lo dispuesto en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en la parte que fue completada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones gene-

rales de la contratación a la DA 1.^a, sobre cláusulas abusivas con el núm. 27, que se refiere a las cláusulas de sumisión expresa, porque en este supuesto el comprador no reúne las condiciones de consumidor, sino que, al contrario, se trata de un comerciante que ha comprado las mercancías para su reventa posterior con ánimo de obtener una ganancia, y entre profesionales se ha convalidado el pacto de sumisión, que lejos de la intención de adquirir ventaja la proveedora en perjuicio del comprador, lo que pretende es asegurar el cumplimiento normal de las obligaciones producidas por el negocio jurídico, en virtud del cual se desprende de determinadas mercancías, sin otras garantías de pago que la de la profesionalidad del comprador, por lo que en el supuesto de que esa profesionalidad falle, puede obtener cierta comodidad en la reclamación judicial del precio demandado en los Tribunales de su propio domicilio. (STS de 31 de octubre de 2000.)

HECHOS.—Se entabla cuestión de competencia por inhibitoria entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño, que ha promovido el incidente competencial y el de igual clase núm. 5 de Córdoba en el que se siguen los autos, nacidos por la reclamación del precio de una compraventa mercantil realizada entre comerciantes, por la venta de diversos artículos de joyerías para ser revendidos, objetos que fueron entregados por el representante de la entidad vendedora *Joprime S.A.*, en el domicilio del comprador don A. A. M. que lo tiene en la Plaza de España de Nájera (Rioja), pero en cuya «Nota de entrega» o «albarán», como única cláusula de la misma, figura la sumisión expresa a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Córdoba con renuncia a cualquier fuero propio que pudiera corresponderle; albarán o nota de entrega suscrita por «El Cliente», el demandado y promotor de la cuestión de competencia en el anverso de la misma el 10 de julio de 1996. (A.G.B.)

26. Competencia territorial. Cláusula de sumisión expresa en póliza de crédito personal: nulidad por abusiva según criterio reiterado de la Sala.—Esta Sala se ha pronunciado ya en otras cuestiones de competencia por inhibitoria planteadas prácticamente en los mismos términos que la presente, es decir, por demandados contractualmente vinculados al Banco demandante en virtud de pólizas idénticas o sustancialmente iguales a la mencionada y que contenían la misma cláusula de sumisión.

Así, en SS de 17 de mayo y 15 de septiembre de 1999 y 14 de abril de 2000 siempre se ha decidido que la competencia territorial correspondía a los Juzgados del domicilio del demandado por ser abusiva la cláusula de sumisión expresa inserta en la póliza aunque el dinero se destinara a adquirir acciones del propio Banco.

Como síntesis de los argumentos de tales decisiones pueden transcribirse los siguientes razonamientos de la última de las sentencias citadas: «la jurisprudencia última y mayoritaria de esta Sala, declara que si bien los artículos 56 y 57 de la Ley Procesal Civil autorizan la sumisión expresa, con renuncia consecuente al fuero propio, para que la misma resulte vinculante ha de tenerse en cuenta la legislación interna (Ley general para la defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984) y la Comunitaria (Directiva 93/13), que autorizan a declarar abusiva la cláusula de referencia, ya que origina desequilibrio contractual (S de 27 de abril de 1995, que cita las de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), pues su

aportación al contrato es unilateral y la relación reviste carácter de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación (S de 8 de noviembre de 1996.)

La cláusula de sumisión que se estudia ha de declararse ineficaz conforme al artículo 10 de la Ley 26/1984 (antes de su modificación por Ley de 13 de abril de 1998), ya que perjudica de manera desproporcionada al consumidor, como declara la S de 19 de abril de 1999, pues obliga e impone al usuario del préstamo a litigar en Madrid, lejos de su domicilio habitual, con las consiguientes molestias y desembolsos económicos añadidos.

En materia de pólizas de préstamo la doctrina de esta Sala se pronuncia en la misma dirección, declarando la S de 17 de mayo de 1999, que la competencia ha de determinarse atendiendo a las reglas del artículo 62 LEC, disponiendo la primera que debe reputarse Juez competente el del lugar en que la obligación debe ser cumplida. Cuando se ejercitan acciones personales, como ocurre en este caso, resultando suficientemente clara que la devolución del préstamo se efectuaría en Sevilla, que corresponde a la ciudad donde se firmó la póliza y allí fueron requeridos de pago los demandados por el Banco acreedor, por lo que ha de aplicarse el artículo 1171 CC, que fija el lugar donde deben de cumplirse las obligaciones.

Lo que se deja expuesto tiene correlación con el artículo 1439 LEC, que corrigió la posible indefensión que suponía para algunos ejecutados que los juicios ejecutivos contra ellos se tramitasen fuera de su domicilio o, en su caso, en el lugar de cumplimiento de la obligación.

Se trata, en resumen de póliza impresa, que es abusiva e inoperante consecuentemente, por no responder a una efectiva actividad comercial libre y bilateral, viniendo a ser manifestaciones bien expresas del poder de la parte predominante en la relación comercial creada, sobre todo cuando se trata de asumir posición de prestatario y, con ello decidir de entidad bancaria, representando ruptura frontal del necesario equilibrio contractual que debe de concurrir». (STS de 29 de noviembre de 2000.)

HECHOS.—Se plantea cuestión de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla y otro de Madrid en relación con una demanda de reclamación de cantidad fundada en una póliza de crédito personal concedido por el Banco demandante para que el demandado adquiriera acciones del propio Banco y en cuya cláusula octava las partes se sometían expresamente al fuero de los Juzgados y Tribunales de Madrid para cualquier cuestión relativa a la interpretación, cumplimiento o ejecución de la póliza, con renuncia a cualquier otro que pudiera corresponderles. (A.G.B.)

27. Autopistas en régimen de concesión administrativa. Ambulancias.—Para *Europistas Concesionaria Española*, los vehículos ambulancias sólo están exentos del pago del peaje en los supuestos excepcionales de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista. Se fundamenta tal posición en el artículo 17 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras y caminos, artículo 14 de la Ley de autopistas de peaje 8/1972, de 10 de mayo, cláusula 44 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, y cláusula 13 del Título III de la Orden Ministerial de 10 de junio de 1967.

La tesis de las entidades demandantes consiste en que la exención total para los vehículos ambulancia que circulen por la autopista en cumplimiento

de sus funciones específicas, se deriva del artículo 16 de la Ley de carreteras y caminos, de tal modo que su párrafo tercero es aplicable también a las autopistas porque el párrafo segundo adicionó al supuesto de explotación de las autopistas de forma directa por el Estado, las explotadas por cualquiera de las formas de gestión indirecta, entre las que se encuentra, según la legislación en materia de contratos del Estado, la concesión administrativa, sin que frente a esta normativa pueda prevalecer la cláusula 44 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por aplicación del principio de jerarquía normativa.

El problema se reduce a determinar cuál es el régimen jurídico que rige para las empresas concesionarias de la explotación de autopistas, lo que permitirá decidir en cuanto a los vehículos ambulancias si es aplicable el régimen general del artículo 16.3 de la Ley de carreteras, que no establece más excepción para la exención de dichos vehículos que circulen «en el cumplimiento de sus funciones específicas», o si por el contrario es de aplicación la cláusula 44, letra c) del Decreto de 25 de enero de 1973, núm. 215/1973, que regula el Pliego de Cláusulas Generales para construcción, conservación y explotación de las Autopistas de Peaje en régimen de concesión, que circunscribe la exención del pago de la tasa «a cuando los vehículos ambulancias hubieran de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista».

La respuesta precedente, habida cuenta que se trata de una autopista gestionada en régimen de concesión administrativa, es que le son aplicables los preceptos de la Ley de autopistas y las disposiciones relativas a Pliegos de cláusulas y bases del concurso que contienen el régimen jurídico, administrativo y económico, de la concesión mediante la que se gestiona la explotación de la autopista.

Por ello, tal y como se establece en la cláusula primera del Pliego de las Generales de construcción, conservación y explotación, aprobado por el Decreto 215/1973, las concesiones «se regirán peculiarmente por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y sus normas de desarrollo y complementarias, por las prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego. Con carácter supletorio será de aplicación la legislación de contratos del Estado».

Como consecuencia, al declararse de aplicación el régimen de exención del Pliego de Condiciones Generales no se está desconociendo el principio de jerarquía normativa sino observando la prevalencia de la legislación específica sobre la general, y el respeto a la *lex contractus* que no contradice la normativa administrativa imperativa, sino que se ajusta a su previsión. (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—*Ambulancias Maiz S.A., Ambulancias Guipúzcoa S.C. y Larrialdiak S.C.*, interponen demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao, suplicando, entre otros extremos, que declare el derecho de exención de peaje en la Autopista Bilbao-Behobia, a favor de las ambulancias de las empresas demandantes cuando utilicen la misma en el ejercicio de sus funciones específicas. El Tribunal dicta sentencia a este respecto con fecha 6 de octubre de 1995, estimando la demanda presentada.

Por tal motivo, la entidad *Europistas Concesionaria Española S.A.* interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del 1692.4 LEC, se denuncia infracción por inaplicación del artículo 14 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de

autopistas de peaje; segundo.—Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida del artículo 16.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras y caminos; tercero.—Bajo el mismo ordinal también, se denuncia infracción por violación del artículo 17 de la Ley 25/1988, de 29 de julio; cuarto.—Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación indebida de los artículos 156 y 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas; y quinto.—Igualmente, al amparo de idéntico ordinal, se alega infracción de la jurisprudencia contenida en las SS de 23 de diciembre de 1990, 23 de noviembre de 1991 y 18 de octubre de 1994. (*J. L. B.*)

28. El establecimiento de un vínculo solidario no exige la mención expresa en el contrato.—La solidaridad no se presume, la regla general es precisamente la de la mancomunidad entre los obligados, pero no es menos verdadero y exacto que para que exista tal vínculo de solidaridad no se requiere que expresamente así se diga en la literalidad del documento contractual, ni un pacto escrito para ello. La solidaridad no precisa para su establecimiento su expresión con constancia escrita y expresa, ni el empleo de un vocablo, siendo bastante que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación. (**STS de 28 de diciembre de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *I. y P. I., S.A.* celebra un contrato de arrendamiento de una nave con las mercantiles *S., S.A. y C., S.A. en liquidación*. Ante el impago de las rentas pactadas, la arrendadora insta el desahucio. Una vez declarado éste, la representante de *C., S.A.* (administradora de las dos sociedades demandadas) entrega las llaves del local y posteriormente procede a la retirada de todos sus bienes, quedando en el local los bienes de la mercantil *S., S.A. en liquidación* que finalmente fueron lanzados por una Comisión Judicial. La arrendadora reclama solidariamente a las arrendatarias las rentas que se refieren al período entre febrero y mayo de 1990, fecha en la que *C., S.A.* entrega la posesión del inmueble arrendado. En primera instancia y en apelación se estima íntegramente la demanda de la arrendadora. La mercantil *S., S.A. en liquidación* recurre la sentencia de apelación ante el TS por entender que en el contrato de arrendamiento no se estableció solidaridad y las rentas se giraron por separado. (*M. C. P. A.*)

29. Pago de deuda ajena.—Estima el motivo primero del recurso que en la sentencia recurrida existe exceso en el ejercicio de la jurisdicción por haber entrado a conocer la Sala de instancia de la rebaja del tipo del IVA.

La factura expedida el 2 de julio de 1993 fue emitida con una repercusión del IVA del 15 por 100, pero la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, en su fundamento jurídico cuarto, rectifica el tipo impositivo al 12 por 100 por estimar que es el que regía a la fecha del otorgamiento del contrato.

Añade el motivo que las partes contratantes no concretaron el tipo del IVA y que la Sala sentenciadora resuelve una cuestión, atendiendo a la base imponible y al tipo de IVA y lo que se cuestiona en el motivo es la competencia de dicho Tribunal para determinar el tipo de IVA repercutible, porque ello afecta a la materia tributaria.

Sin embargo, el motivo no puede ser acogido, porque, como señaló la STS de 27 de enero de 1996, si bien la obligación de abonar el impuesto encuentra su apoyo en preceptos de carácter fiscal, lo debatido en la litis no es la inexcusabilidad de tal abono, sino la permisibilidad de su repercusión a quien debe soportarlo por ser la portadora. Si ha de ser el 12 o el 15 por 100, no es por razones de tipo fiscal, sino exclusivamente en atención a lo dispuesto por las propias partes en sus acuerdos, contrato y demás actos concluyentes y atendiendo a fecha que en que no figura señalado tributariamente si ha de aplicarse el tipo del 12 o del 15 por 100, atendiendo sólo a la fecha del contrato o emisión de la factura, tema exclusivamente civil.

El motivo segundo del recurso de casación, concluye que el artículo 1158.II CC, no se refiere a la subrogación por pago, pues el tercero que satisface una deuda al acreedor sólo adquiere un derecho de reembolso, que por tanto no puede exceder de lo que efectivamente satisfizo.

Según el Tribunal, el motivo debe acogerse, ya que, como señaló en una sentencia anterior de 8 de mayo de 1992, el artículo 1158.II CC se refiere a las personas que voluntariamente pagan deudas ajenas y el deudor a que se alude en el precepto es el real y verdadero, el obligado al pago. Se trata, en definitiva, de un tercero que interviene en la obligación, pagándola, o lo que es lo mismo, realizando el cumplimiento que incumbía y pesaba sobre el deudor que era el únicamente obligado y al único al que el acreedor podía exigir tal cumplimiento.

El precepto referido regula la acción de reembolso para que el tercero reclame al deudor lo que realmente hubiera pagado sabiendo que pagaba por otro y, por tanto, una deuda ajena, por lo que no puede reclamar la totalidad de la deuda, si pagó una suma inferior a esa totalidad (SSTS de 26 de junio de 1925, 7 de febrero de 1956 y 30 de junio de 1966). Se confiere un derecho de reembolso sobre las cantidades que hubiera satisfecho por cuenta y nombre de otro y no en su propio beneficio (SSTS de 26 de noviembre de 1926, 8 de abril de 1948, 15 de octubre de 1959 y 25 y 30 de junio de 1966).

El tercer motivo casacional sostiene que la resolución recurrida ha rechazado el resultado de la prueba pericial por entender que fue practicada sólo en base a la documentación aportada por la actora.

Este argumento es rechazado porque pretende nada menos que una nueva valoración de la prueba pericial no acogida por el Tribunal de instancia. De hecho, resulta inimpugnabile en casación la apreciación y valoración de la prueba pericial acogida por el citado Tribunal de instancia, porque dicha prueba es de libre apreciación, debiendo tenerse en cuenta tan sólo las reglas de la sana crítica y no puede pretenderse que se valoren por tercera vez los elementos de convicción aportados al proceso y convertir el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia. Por consiguiente, la apreciación de tal prueba corresponde exclusivamente a los Tribunales de instancia, mientras no se acredite su contradicción con la lógica (SSTS de 10 de junio de 1992, 10 de marzo y 11 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1997, 20 de marzo, 11 de abril y 16 de octubre de 1998, 26 de febrero y 15 de julio de 1999 y 14 de octubre de 2000). En definitiva, que la apreciación y valoración de la prueba de peritos está privada del acceso casacional, salvo los casos de error notorio en su valoración que sólo ocurrirá, como señaló la S de 12 de febrero de 1992, cuando el juzgador *a quo* tergiversare ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas.

El cuarto y último motivo señala que la sentencia recurrida declara probado que la «máquina afiladora en verde», inicialmente contratada por la hoy recurrente, contenía varios elementos usados. Estima, asimismo, que la existencia de tales piezas en dicha máquina era perfectamente conocida por la parte recurrida, la cual no ejercitó acción alguna en la contestación de la demanda. Así, el Tribunal, de oficio, aplica a su favor la acción *quantum minoris* prevista en el artículo 1486 CC. Por otro lado, se considera violado el artículo 1490 CC, porque el plazo de caducidad es de seis meses.

Sin embargo, el motivo alegado es totalmente inexacto, ya que la demandada no ha ejercitado tal acción, porque no formuló reconvencción y lo que realizó fue la alegación de créditos compensatorios frente a la reclamación de la actora. Tampoco ejercitó tal acción *quantum minoris* la Sala *a quo*, y lo único que hizo fue apreciar una compensación. (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lérida, se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. Admitida a trámite y comparecida la parte demandada, la contestó oponiéndose a la misma. Se dictó sentencia a este respecto con fecha 27 de septiembre de 1995, estimando la demanda. Frente a tal resolución, se interpone recurso de apelación que resulta admitido y, sustanciada la alzada, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lérida dicta sentencia estimatoria en fecha 12 de enero de 1996. Finalmente, se formaliza recurso de casación en base a los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.1 LEC, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción; segundo.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, por interpretación errónea del artículo 1158,2 CC y de las SSTs de 5 de noviembre de 1983, 18 de febrero de 1985 y 8 de mayo de 1992; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por violación del artículo 1243 CC en relación con el artículo 632 LEC y las sentencias citadas; y cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por violación de los artículos 1484, inciso primero, 1486.1 y 1490, todos del Código civil, y SSTs de 22 de diciembre de 1971 y 10 de marzo de 1994. (J. L. B.)

30. Concepto de lucro cesante.—La jurisprudencia del TS ha reiterado en diversas ocasiones que el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso concreto. Nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante. Esta doctrina resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la

necesidad de probar con rigor la realidad o existencia («aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos») pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se ha puesto de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal, que en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento.

Prueba y cuantificación del lucro cesante.—La doctrina jurisprudencial es clara al establecer que el lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se ha dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. Del mismo modo, la jurisprudencia ha venido reiterando el carácter de cuestión de hecho de la determinación de la existencia y cuantificación económica del lucro cesante, por lo que sólo excepcionalmente cabe plantear el tema en casación.

Dolo como causa de incumplimiento contractual: aplicación del artículo 1107 CC y carga de la prueba.—El artículo 1107, párrafo segundo, CC se refiere a la extensión de la indemnización cuando la causa del incumplimiento de la obligación es el dolo. Para aplicar este precepto es preciso que se haya apreciado la existencia del dolo como causa de incumplimiento, lo que requiere que se haya probado y la carga de la prueba incumbe a quien pretende se aplique en su beneficio. En este punto coincide el dolo como causa de incumplimiento con el dolo vicio de la voluntad del artículo 1269 CC, por lo que le es aplicable la misma conclusión de atribuir el *onus probandi* a quien lo alega. (STS de 22 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad *T.F.C.R., S.L.* pide la resolución del contrato celebrado con la Sociedad *E.E.U.S 92, S.A.* (hoy *S.E.G.A.*) por incumplimiento imputable a la demandada y que en consecuencia se le devuelva la cantidad pagada a la firma del contrato de concesión, la devolución de los avales entregados, por importe de dos y cinco millones de pesetas, que se le paguen los gastos realizados, justificados documentalmente, para la instalación de un tablao (409.735 pts.) y por último, que se le indemnice, en concepto de daños y perjuicios, con la cantidad de 645.948.019 pesetas. En primera instancia se declara la resolución del contrato y se estiman las peticiones de la demandante, salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y la Audiencia Provincial, estimando en parte el recurso de apelación, fija la indemnización de daños y perjuicios en 9.000.000 de pesetas. Las dos entidades implicadas recurren en casación. (*M. C. P. A.*)

31. Créditos salariales: preferencia. Plazo para su ejercicio.—El único motivo de casación se articula al amparo del artículo 1692.4.º LEC, y en él se cita como infringido el artículo 32.6 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), que dispone que «el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es el de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos». La respuesta casacional que ha de darse al motivo ha de partir de que no se cuestiona que los trabajadores reclamaron sus salarios dentro del plazo estatuido por el artículo 32.6 ET, y de que, cuando FOGASA se

subroga, los créditos de aquéllos habían sido reconocidos por sentencia firme mediante acción contra su empleador (*Naviera Aznar, S.A.*).

Interpretado el precepto con arreglo a su letra, el ejercicio de la preferencia ha de tener lugar en el plazo de un año desde que se debieron los salarios. Pero así quedaría en el vacío, pues si los trabajadores han de reclamar judicialmente sus créditos salariales, y una vez obtenida sentencia firme en que se reconozcan y obligue al empleador a su pago, proceder a su ejecución, fase en la cual es donde puede necesitarse actuar la preferencia sobre otros acreedores, es de evidencia palmaria que el plazo de un año ya ha transcurrido, aunque los trabajadores lo reclamasen dentro del año.

De ahí que la doctrina de esta Sala sea la de que cuando la reclamación ante la Magistratura de Trabajo se hace dentro del año, la preferencia queda definitivamente unida al crédito, subrogándose FOGASA, no en una acción ya agotada, sino en la ejecución de la sentencia recaída como consecuencia del susodicho ejercicio (S de 20 de mayo de 1994 y las que cita).

Esta consideración sobre el que el artículo 32.6 ET llama «derecho de preferencia» es más ajustado a su verdadera naturaleza, que es la de una facultad que se integra dentro del contenido del derecho de crédito, y legítima para hacerlo valer frente a los otros acreedores del deudor común sobre el precio de venta de unos mismos bienes de su propiedad, satisfaciéndose con anterioridad a los mismos. Para eso vale el privilegio, no para exigir del deudor el pago del crédito, contra él no hay que alegar ninguna preferencia, que es un tema a ventilar sólo entre sus acreedores. El derecho de preferencia no tiene sustantividad propia, no es un derecho subjetivo que se añada al de crédito, sino que es este mismo dotado de la facultad de oponerlo a otros acreedores que la ley concede, y cuyo nacimiento puede conectarlo a determinados presupuestos, que en el artículo 32.6 ET es la exigencia del crédito salarial en el plazo que establece. Si así no se hiciera, no es que el llamado derecho de preferencia «prescriba», es que no llega a nacer. (STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía instados por el señor Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, contra el *Sindicato de Obligacionistas de Naviera Aznar, S.A.*, emisión de 27 de julio de 1976 y contra *Naviera Aznar, S.A.*, declarada en rebeldía, sobre tercería de mejor derecho. Por el Juzgado se dicta sentencia desestimatoria, siendo revocada por la Audiencia Provincial. En nombre y representación de *Sindicatos de Obligacionistas de Naviera Aznar, S.A.*, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación al amparo del número 4 del artículo 1692 LEC, denunciando la infracción del artículo 32.6 ET. (A. G. B.)

32. La transmisión de una posición contractual compleja integrada por derechos y obligaciones debe calificarse como cesión de contrato.—La posición contractual del cedente comportaba la titularidad de ciertos derechos, con la contrapartida de diversas obligaciones. La complejidad de las relaciones en las que el contratante había intervenido determinaba que si era sujeto activo de derechos, estaba a la vez obligado a realizar determinadas prestaciones como contrapartida de aquéllos, por lo que la transmisión de unos y otras no puede llevarse a efecto sin la conformidad del contratante o

contratantes que se hallasen en condiciones de exigir el cumplimiento de alguna de dichas prestaciones recíprocas.

Eficacia de la cesión de contrato.—La figura conocida como cesión de contrato requiere inexcusablemente para su eficacia, además del consentimiento del cedente y el cesionario, la del contratante «cedido». (STS de 21 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad inmobiliaria A., diciendo ostentar determinados derechos sobre fincas de H. C., como consecuencia de las relaciones jurídicas establecidas con H. 2000 Construcciones P., S.A. y T. y Construcciones, S.A. y por éstas a su vez con la mencionada H. C., celebra el 22 de febrero de 1993 un contrato con R. y Asociados, que había mostrado su interés en comprar las fincas. A. hacía constar en este contrato su intención de resolver los anteriormente concluidos con las mercantiles mencionadas, lo que la facultaría para exigir a H. C., titular registral de los terrenos, el 50 por 100 de las cantidades que en virtud de los negocios afectados por la resolución hubiese percibido. A cambio, R. y Asociados o quien de ésta trajera causa, podría realizar la compra que proyectaba y en tal caso se comprometía a hacer constar en el documento que del precio abonado a la vendedora ésta debía entregar a A. una cantidad resultante de la aplicación de una fórmula que se incluía en el contrato. El 16 de marzo de 1993 la mercantil A. y F., sustituyendo a R. y Asociados compra las fincas a H. C. pero no se da exacto cumplimiento a lo convenido con A., ya que en este caso la compradora retenía parte del precio y se comprometía a abonar la cantidad en cuestión a A., a Construcciones P. o a H. 2000 según estas sociedades decidieran de mutuo acuerdo, o, de no lograrse, a la que decidieran los Tribunales. (M. C. P. A.)

33. Contrato de suministro de carbón térmico. Resolución por incumplimiento de la compradora. Cláusula *rebus sic stantibus*.—En el primer motivo la recurrente ENDESA combate la inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. Para que proceda la referida cláusula en los contratos duraderos la jurisprudencia reiterada de esta Sala, desde las decisivas SS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 27 de mayo de 1957, se parte de que, no obstante apoyarse en principios de equidad, su aplicación por los Tribunales ha de hacerse cautelosamente y con moderación y así sólo procede cuando se cumplen los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso (S de 6 de noviembre de 1992), y vienen a consistir en que se produzca alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a las previstas al tiempo de su celebración (SS de 17 de noviembre, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1995 y 29 de enero de 1996), tratándose por tanto de circunstancias imprevisibles por completo (SS de 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 4 de febrero de 1994), y que vienen a actuar aportando una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones (SS de 15 de marzo de 1994 y 19 de mayo de 1996), otorgándose a la referida cláusula efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado —lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconvenzional—, pero no autoriza la extinción o

resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial (SS de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994 y 19 de junio de 1996), lo que cabría considerar teóricamente si se diera desaparición total de dicha base, determinante de imposibilidad plena en el cumplimiento de las prestaciones.

La doctrina jurisprudencial se acomoda, en cierto sentido, al concepto de *hardship*, acogido en los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (Roma, 1955), al declarar que concurre cuando sucesos posteriores, no razonablemente previstos, imponen una excesiva onerosidad.

Los requisitos que la jurisprudencia exige para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, deben necesariamente acreditarse en forma racionalmente contundente y decisiva (SS de 23 de junio de 1997, que cita las de 6 de noviembre de 1992, 4 de febrero, 15 de marzo y 14 de diciembre de 1994 y 29 de enero de 1996). (STS de 17 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes celebraron en fecha 28 de junio de 1983, contrato de suministro de carbón térmico, siendo la recurrente la receptora, con destino a su Central Térmica en Teruel y la actora la parte suministradora, con una duración de quince años. El contrato tuvo una ejecución en el ámbito de la normalidad hasta que por carta de la recurrente, de 17 de julio de 1985, ENDESA rehusó recibir toda clase de suministros, alegando que la subvención económica concedida por Ofico (Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica, dependiente del Ministerio de Industria y Energía), como compensación por almacenamiento, no incluía a la actora VALMISA y desde este momento ENDESA no volvió a formular pedidos de clase alguna, por lo que no se produjeron suministros en el tiempo que restaba de la vigencia del contrato (años 1986, 1987 y 1988 —hasta el 28 de junio—). (O. M. B.)

34. La doble venta presupone identidad del objeto de ambas compraventas.—No hay doble venta cuando no concurren los dos elementos de ésta: que cuando se perfecciona la segunda venta la primera no haya sido consumada y que haya identidad del objeto de ambas compraventas. Se da el supuesto de doble venta cuando una misma cosa es vendida por el mismo propietario a diversos compradores, es decir, identidad de la cosa objeto de ambas compraventas y que las ventas se hayan celebrado antes de que la cosa haya sido adquirida por un comprador.

Distinción entre doble venta y venta de cosa ajena.—No debe confundirse la doble venta con la venta de cosa ajena, ya que si el vendedor vende la misma cosa a varias personas, el artículo 1473 CC regula quien la adquiere, pero si la vende y el comprador la adquiere, la segunda venta no será una doble venta sino venta de cosa ajena. (STS de 19 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Por Decreto de 1966 se produce la expropiación forzosa de dos fincas propiedad de doña C. A. y se celebra entre ésta y el Ayuntamiento del lugar un «convenio sustitutivo de la expropiación» por el que se reconoce a doña C. A. un determinado volumen edificable en cierto polígono del Plan General de Ordenación Urbana del municipio. Doña C. A. vende en escritura pública a doña M. D. G. el mencionado volumen. Posteriormente, en 1990, el Plan General fue modificado y de la reparcelación resultó que a

doña C. A. se le adjudicó, junto con otras personas, la copropiedad de un porcentaje de determinada parcela, titularidad que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. El hijo de doña C. A., en nombre y representación de aquella, vende, el 6 de abril de 1993, la participación indivisa de la parcela al Ayuntamiento en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Doña M. D. G. presentó en mayo de 1993 la escritura de 1977 y le fue denegada la inscripción por el Registrador de la propiedad «por no figurar previamente inscrito el derecho objeto de transmisión». En primera instancia se desestima la demanda de doña M. D. G. frente al Ayuntamiento, pero la Audiencia estima la apelación y anula la compraventa entre doña C. A. y el Ayuntamiento. (M. C. P. A.)

35. Interpretación restrictiva del artículo 1502 CC.—El artículo 1502 CC, que permite al comprador suspender el pago del precio de la compra del inmueble cuando tenga fundado temor de ser alterado por una acción reivindicatoria o por una acción hipotecaria, ha de ser interpretado restrictivamente y su supuesto de hecho no podrá ser nunca ampliado a casos distintos no comprendidos en el texto legal.

La notificación al vendedor es requisito de aplicación de este precepto.—La efectividad del artículo 1502 CC exige como requisito *sine qua non* que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor, pues esa decisión no puede ser indefinida, ni puede subsistir cuando el vendedor afiance la devolución del precio; lo que no podrá hacer si no se le notifica esa facultad suspensiva. (STS de 14 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil I., S.A. insta la resolución del contrato de compraventa de una vivienda celebrado con doña M. C. S. P. S., reclamando la indemnización de los daños y perjuicios producidos, que se cifra en la cantidad equivalente a las rentas que se deberían pagar por el arrendamiento de un inmueble de características y ubicación semejantes, desde la fecha del requerimiento notarial hasta la restitución a la vendedora. En primera instancia se declara resuelto el contrato, se ordena el desalojo de la vivienda y se condena a la demandada al abono de los daños y perjuicios. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. (M. C. P. A.)

36. Resolución de contrato de compraventa. Requerimiento resolutorio ex artículo 1504 CC.—Tiene declarado esta Sala con reiteración, por todas SS de 1 de junio de 1987, «que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1504 CC, como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, en que finalidad última que es el ejercicio de la resolución se condiciona (en sentido técnico jurídico), se subordina al cumplimiento de un acto, el pago por el comprador». Si bien en el contrato cuya resolución se pide no se estableció un plazo o día determinado para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y simultánea entrega de la parte aplazada del precio, ello implica que cualquiera de las partes podía exigir cuando tuviese por conveniente el cumplimiento de esas obligaciones recíprocas; señalado por los vendedores el día para el recíproco

cumplimiento de las obligaciones pactadas, nada impedía subordinar la resolución contractual a la incomparecencia de la compradora al acto de otorgamiento de la escritura y consiguiente impago del precio debido; no se trata de que, como parece entender la Sala *a quo*, los vendedores declararan resuelto el contrato antes de que se produjera el incumplimiento de la obligación de pago por la vendedora, sino que manifestaron esa voluntad resolutoria para el caso de que se diese referido incumplimiento. Dieron así cumplimiento los vendedores a lo preceptuado en el artículo 1504 CC «en el cual, dice la S de 18 de marzo de 1994, no se exige que el requerimiento sea posterior al impago y no hay obstáculo legal alguno para que esa voluntad obstativa al pago se manifieste con antelación al vencimiento de la obligación, pero para que produzca efectos producido el impago». En consecuencia procede la estimación del motivo.

Consecuencia del previo incumplimiento del vendedor.—El motivo segundo del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la infracción del artículo 1124 CC, consistente en declarar que ha existido un previo incumplimiento de los vendedores que impide a éstos ejercitar con éxito la acción resolutoria del contrato. Como ya dijo la S de 12 de marzo de 1985 «como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en exégesis del artículo 1504, con su complemento del artículo 1124 CC, en las obligaciones bilaterales o recíprocas como son las que por su índole y naturaleza provienen del contrato cuestionado, la facultad de resolución parte de la base de que quien la ejercita haya cumplido con carácter previo, fielmente frente a la otra parte que ha dejado de hacerlo, dado que, bajo un aspecto, sería contraria a toda razón lógico-jurídica yendo contra el principio de que lo pactado tiene fuerza de obligar entre las partes». Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de la existencia o no de incumplimiento contractual es cuestión de hecho, como de la soberana apreciación de los Tribunales de instancia cuyas conclusiones han de ser mantenidas en casación en tanto no resulten desvirtuadas por haber incurrido la Sala *a quo* en error de derecho en la valoración de las pruebas con infracción de las normas reguladoras de la misma; no obstante esa determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación de ese incumplimiento, más que en los actos ejecutados está en la trascendencia jurídica de los mismos». (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 27 de enero de 1989, los demandantes, como vendedores, y la demandada, como compradora, celebraron un contrato de compraventa sobre una finca, habiéndose entregado en el acto de la firma del contrato la cantidad de dos millones de pesetas, pactándose que el resto del precio se pagaría contra el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la finca objeto de transacción.

El 23 de julio de 1992 los vendedores requirieron por conducto notarial a la compradora a fin de que compareciera en determinada Notaría, a las 11 horas del día 16 de septiembre del mismo año, para otorgar la escritura y satisfacer coetáneamente la cantidad pendiente de pago, y que, caso de incomparecencia, tendría lugar de pleno derecho la resolución del contrato. (O.M.B.)

37. Arrendamiento financiero. Tercería de dominio. Cumplimiento del requisito del artículo 1537 LEC de 1881.—Dice la S de 14 de febrero de 1995 que «el artículo 1537 LEC establece que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso, es decir, que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse, según doctrina de esta Sala, que el documento necesite hacer prueba plena de la demanda, pues al resolverse el fondo del litigio es donde ha de hacerse análisis de dicho título, cuyo examen, calificación y alcance constituye la esencia ejercitada» y en similares términos se pronuncia la S de 11 de febrero de 1999. Presentado con la demanda un contrato de arrendamiento financiero documentado en póliza intervenida por corredor de comercio, en el que la actora aparece como arrendadora de los bienes objeto de la tercería de dominio, está suficientemente cumplimentado el requisito procesal que impone el invocado artículo 1537 LEC.

Alegación de un bloque de artículos de contenido diverso como infringidos. Deficiente técnica casacional.—Es doctrina reiterada de esta Sala (S de 31 de diciembre de 1998 y las en ella citadas) la de que la determinación de la conceptualización jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC. Asimismo es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida en S de 20 de febrero de 1997, la de que «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del Código civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal»; este carácter complementario y subsidiario que respecto del artículo 1281.1.º CC tienen las normas interpretativas contenidas en los siguientes preceptos del Código civil, impide que, en aras de la claridad que en la formulación de los motivos de casación impone el artículo 1707 LEC, en un mismo motivo se citen de forma conjunta o indiscriminada los artículos 1281 a 1289 CC, pues tal cita no permite conocer a la Sala cuál es el criterio o norma interpretativa que se considera infringida por el Tribunal de instancia.

El bajo valor residual del objeto no es circunstancia que por sí misma obligue a considerarlo como venta a plazo.—Dice la S de 28 de noviembre de 1997, citada en la de 1 de febrero de 1999 que «no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto de tanta veces mencionado contrato de arrendamiento financiero también conocido como *leasing*»; en consecuencia no es suficiente para desvirtuar la calificación del contrato hecha por la Sala de instancia el montante del valor residual no concurriendo otras circunstancias que permitan declarar la existencia de una voluntad simuladora entre las partes tendente a encubrir la existencia de un

contrato de venta a plazos de bienes muebles. (STS de 3 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida estima la demanda de tercera de dominio formulada por *BBV, S.A.* frente a la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la entidad mercantil *Izahe, S.A.*, referida a los bienes muebles embargados en expediente administrativo de apremio a la sociedad codemandada por la *Tesorería General de la Seguridad Social*; la actora alegó como fundamento de su pretensión la existencia de un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre ella y la sociedad codemandada. (A. G. B.)

38. Leasing financiero. Inexistencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario.—Tanto el artículo 19 del Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, como el Real Decreto 1699/1980 y, esencialmente, de la DA 7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, vienen a determinar, según destaca la S de esta Sala de 19 de julio de 1999 con las demás que por antecedente recoge, que la arrendadora en *leasing* es la titular dominical del bien y lo reafirma su posibilidad de convertirse en transmisora del dominio que le corresponde si el arrendatario ejercita la opción de compra residual que es el elemento primordial del contrato para obviar sus dificultades de financiación que resuelve con esa finalidad última, optativa para el arrendamiento de venir en propietario, la arrendadora a través de las cuotas de amortización que con su beneficio se hayan calculado.

La relación directa se produce entre ambos elementos personales intervinientes en el contrato de arrendamiento e impone únicamente la presencia de ambos en el procedimiento, con lo cual no puede acogerse la excepción de litisconsorcio pasivo que se invoca —por cierto que con apoyo procesal incorrecto ya que afectando a la posibilidad de indefensión por quebrantamiento de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales la referencia correcta habría de ser al núm. 3 del art. 1692 LEC— pues referido ese presupuesto a quien directamente pueda resultar afectado por la resolución final del procedimiento, no se produce aquí por la ausencia de quien en su día vendió a la entidad arrendadora lo que después ésta dio en *leasing* al demandante, únicos afectados, a través de esa concreta relación contractual, por la resolución que aquí se dicte en atención a la base de la pretensión en que se ampara la acción ejercitada, la falta y no entrega de la documentación que legalice la actividad de la maquinaria arrendada. (STS de 25 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de noviembre de 1991 la entidad *Uninter Leasing, S.A.* (*Unileasing*), después *Hispaner Leasing* en nueva denominación que mantiene, siendo propietaria de una retroexcavadora mixta Benat 2000 con instalación de martillo, concertó, como arrendadora de don A. T. D. el arrendamiento financiero de dicha máquina mediante pagos anuales de cuotas de 116.543 pesetas con vencimiento el primero el 5 de diciembre de aquel año y el último el 5 de noviembre de 1995 con la cuota residual de opción de compra en la misma cuantía. Recibida a satisfacción dicha máquina por el arrendatario, la arrendadora subroga a dicho usuario en cuantos derechos y acciones le correspondan frente a quien había sido su proveedor y dicho usuario libera a la arrendadora de toda responsabilidad por las

condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes. La máquina no pudo ser matriculada y registrada en la Delegación Provincial de Tráfico de Badajoz por carencia de documentación necesaria y por este motivo formula queja el usuario en 1994, la reitera el 19 de febrero de ese año y en 21 de octubre del mismo conmina a la arrendadora para que le entregue en plazo de diez días la documentación, atención que no se le ha prestado y ha llevado a la formulación de la demanda rectora interesando, por ello, la nulidad de dicho contrato con las devoluciones e indemnizaciones que se especifican. Desestimada la demanda en primera instancia por acogimiento de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, invocada al no haberse demandado al en su día vendedor de la máquina a *Unileasing*, rechazándose tal excepción en la sentencia de apelación. (O. M. B.)

39. La nimiedad del valor residual no excluye que exista un contrato de arrendamiento financiero, sobre todo cuando recae sobre bienes de equipo.—De acuerdo a la actual doctrina de esta Sala de la que es una muestra las SS de 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero, 15 de junio, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999, que este dato de la nimiedad del valor residual no es indicativo por sí solo para entender que no estamos en presencia de un *leasing* financiero, y más que, como ocurre en este supuesto, el objeto de arrendamiento «recae sobre bienes de equipo —S de 10 de abril de 1981— que se integran en el círculo de producción del usuario, cuya duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien, en el que el cómputo del precio se hace de suerte que el importe de las mensualidades más el llamado valor residual rebasan el cuanto de la suma desembolsada», hace que, dado que los bienes se adquirieron para integrarlos en la cadena de producción industrial de la empresa arrendataria, mediante el pago de una renta mensual, se cumple el núcleo que es soporte económico del contrato.

Al no haberse probado la simulación relativa, la calificación del contrato es la de arrendamiento financiero.—Menos entidad tienen las otras dos argumentaciones de la sentencia recurrida, para hacer perder la verdadera calificación jurídica del contrato como de arrendamiento financiero, que se refieren: una, a que en la póliza mercantil no se hizo distinción sobre la parte que corresponde al coste del bien y lo que significaba carga financiera, por ser esta diferenciación un requisito que se ha exigido a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, pero su cumplimiento en forma alguna puede pedirse al contrato de autos por no estar vigente la norma en la fecha de su perfección; finalmente el otro razonamiento se refiere a que la entidad arrendadora y actora en este procedimiento, junto a los recibos de las seis cuotas impagadas, puso en circulación el recibo correspondiente al ejercicio de la opción de compra; ahora bien, hay que tener presente que la entidad actora, por tratarse de recibos y no de letras de cambio, lo que hizo la entidad arrendadora es pasarlos al cobro al Banco Mercantil de Tarragona en la sucursal de Gerona, recibo correspondiente a la cantidad residual que evidentemente no fue atendido por dicha sucursal bancaria, como los otros seis correspondientes a las cuotas mensuales; supuesto bien distinto al contemplado en la S de esta Sala, que se cita en la sentencia recurrida, de 28 de mayo de 1990, en el que se libraron a efectos de pago, letras de cambio aceptadas por la arrendataria, que la entidad arrendadora descontó, junto a las que constituían el pago de la renta

periódica, la que representaba el valor residual, saliendo las letras descontadas de la posesión de la libradora, supuesto que sí podía representar que el importe de ese valor no era otra cosa que el último plazo de la venta a plazo, pero esto no ocurre en el caso de autos, en el que el recibo no aparece descontado. Por lo expuesto hay que entender que, por una parte, no se ha acreditado la simulación relativa, y por otra, que el contrato es como la propia póliza mercantil determina, un arrendamiento financiero o de *leasing*, porque así lo han querido los contratantes, habiendo establecido para ellos los acuerdos para delimitar tanto los elementos subjetivo, como objetivos, así como su contenido obligacional, para constituir un contrato de esa clase, sin que se pueda apreciar simulación contractual alguna, por lo que estimando ambos motivos del recurso procede casar la sentencia recurrida. (STS de 6 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, Sociedad de arrendamiento financiero, interpuso una acción reivindicatoria, para recuperar la posesión de los bienes objeto de un arrendamiento financiero, debido a la falta de pago de las cuotas por parte de la arrendataria. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, al apreciar simulación relativa, por tratarse en realidad de una compraventa a plazos. El TS dio lugar al recurso de casación, calificando al contrato como arrendamiento financiero. (L. F. R. S.)

40. Arrendamiento financiero. El bajo valor residual del objeto no es circunstancia que por sí misma obligue a considerarlo como venta a plazo.—El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que establece que en los contratos de *leasing* en los que el valor de la opción de compra se fija en un precio puramente residual, se desvirtúa la naturaleza del arrendamiento financiero, resultando que se esconde bajo este contrato simulado una compraventa de bienes muebles a plazos.

El motivo se desestima porque el único dato que se alega para desvirtuar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero no es considerado por la doctrina de esta Sala relevante a este fin (SS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero de 1999 y 7 de febrero de 2000, entre otras).

Alegación de un bloque de artículos de contenido diverso como infringidos. Deficiente técnica casacional.—Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que no pueden citarse como infringidos un bloque de artículos de contenido diverso, sino el precepto o preceptos que en concreto se hallan infringidos, pues el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia ni un procedimiento en el que el TS tuviese la carga de indagar qué preceptos del ordenamiento jurídico se han vulnerado. (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*Renault Leasing, S.A.* interpuso tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y *Gravas Nofuentes, S.A.*, pretendiendo el alzamiento del embargo practicado por la Tesorería de varios vehículos a *Gravas*, alegando su propiedad con base en contratos de arrendamientos financieros concertados con anterioridad con *Gravas*. En su defecto, solicitaba que se declarase la preferencia de su crédito frente al de la Tesorería. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia la revocó parcialmente, estimando la tercería de mejor derecho. (A. G. B.)

41. Leasing financiero.—El contrato de arrendamiento financiero y su diferenciación con el de compraventa con precio aplazado, ha sido estudiado en las SSTs de 28 de mayo de 1990, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999, y 7 de febrero y 16 de mayo de 2000.

Una consolidada doctrina jurisprudencial ha sancionado la falta de identidad de las figuras aludidas, pues pese a su indudable semejanza persiguen finalidades y producen efectos distintos. No obstante, la aludida similitud ha propiciado que en ocasiones se utilice la cobertura del *leasing* para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener ventajas financieras y fiscales.

En otras SS (las de 1 de febrero y 20 de noviembre de 1999) se recoge la modalidad *lease back*, en la que la entidad financiera adquiere a su propietario determinados bienes —muebles o inmuebles— que a continuación cede a su anterior dueño en arrendamiento con opción de compra. También esta variedad contractual, que en principio ha de considerarse lícita, al amparo del principio de libertad recogido en el artículo 1255 CC, puede servir para disimular un contrato de préstamo simple de dinero al que a través de una compleja operación (en que se combinan la compraventa de un bien inmueble que posteriormente se arrienda al vendedor y opción de compra a favor de éste) se trata de añadir una garantía de devolución de la suma prestada.

En el caso de autos se desprende que hay una evidente diversidad de trato respecto a las rentas y al valor residual, que permiten establecer una clara diferenciación entre unas y otras, lo que sin duda responde a que la obligación de abono del último no queda ya prefijada, sino que surgirá eventualmente para el supuesto de que la arrendataria financiera decida ejercitar su derecho de adquirir la propiedad de los bienes. En otro caso, el recibo en que ha quedado expresado el valor residual, quedará simplemente sin efecto. Por todo ello, debe desestimarse el primer motivo alegado y, con iguales argumentos, también es rechazado el segundo, ya que no se ajusta a la realidad la afirmación de que la recurrente fue obligada a aceptar un documento de pago del valor residual, ni la de que este documento o recibo ha sido afianzado por terceras personas. Asimismo, en base a idénticas razones se desestima el tercer motivo de casación.

Con respecto al cuarto y último motivo casacional, señala el TS que, aun cuando en el fallo de instancia se condena a la demandada a devolver el inmueble, es evidente que se está haciendo referencia a los bienes objeto del contrato. Por otra parte, sobre la cuestión de la determinación de los daños y perjuicios, si bien en la demanda se solicitaba la resolución del contrato, con la devolución de aquéllos y de los inmuebles, así como el abono de los intereses a determinar en fase de ejecución de sentencia, dado que se ha producido un cumplimiento irregular de la obligación, procede hacer la aplicación de la cláusula penal en toda su extensión, con interpretación equitativa de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC. La moderación de dicha cláusula penal implica la reducción de los intereses de la cantidad que en ejecución de sentencia se fije en concepto de daños y perjuicios, a los que devenque dicha suma únicamente desde la fecha de interposición de la demanda.

Por todo ello, atendidas las circunstancias concurrentes, la moderación de la cláusula penal que aquella resolución considera procedente, debe consistir en reducir la indemnización de daños y perjuicios prevista, al 10 por 100 del importe de los recibos que todavía no hubiesen vencido en el momento en que *Promoleasing* optó por la resolución del referido contrato. (STS de 21 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Promoleasing S.A.*, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Construcciones Isla Verde S.A.*, sobre resolución de contrato de arrendamiento financiero inmobiliario (*leasing*) y opción de compra, por impago de las cuotas-rentas del mismo, con devolución al actor de los inmuebles que constituyen el objeto del repetido contrato, con resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses a determinar en fase de ejecución de sentencia por la cantidad a que ascienda la pena convencional. A este respecto, se dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 1993, estimando la demanda citada. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, fallado de forma desestimatoria por sentencia de la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de septiembre de 1995. Finalmente, se formaliza recurso de casación fundado en los siguientes motivos: primero.—Basado en el 1692.4.º LEC, por considerar que la sentencia recurrida ha infringido, por inaplicación, el artículo 1281.2 CC, en relación con el 1282 del mismo texto, y jurisprudencia que los interpretan; segundo.—Fundado en el mismo precepto, al considerar la infracción por la resolución recurrida del artículo 1451 CC y de la jurisprudencia aplicable al contrato de opción de compra; tercero.—Al amparo del mismo precepto también, por infracción del artículo 19 del Real Decreto-Ley 14/1977, de 24 de enero, y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el artículo 1276 CC; y cuarto.—Con sede en el artículo 1692.3.º LEC, por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, que se contienen en los artículos 359 y 360, en relación con el 372.3, todos ellos LEC, así como, por derivación de ello, por infracción del principio de tutela efectiva de los Tribunales, consagrado en el artículo 24 CE. (*J. L. B.*)

42. Donación. Poder especial.—Esta Sala, que se decanta por la cautela a la hora de admitir la validez de los actos de disposición que no aparezcan claramente especificados en el poder, ha sentado que para realizar actos de riguroso dominio, como el de donar, no valen las presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso, cual exige el artículo 1713 CC (STS de 1 de febrero de 1956), que, en verdad, equivale más bien a mandato especial, y, en la coyuntura de autos, el poder, redactado en términos de generalidad, no menciona los actos dispositivos a título gratuito, sino que, al contrario, se refiere expresamente a adquirir y enajenar por compraventa e, inclusive, respecto a otros actos o contratos, menciona la determinación del precio entre las facultades concedidas a la mandataria en la concreción de las condiciones con los mismos, y, por ello y ante la imprecisión de la expresión «por otro título» acompañatoria en el documento a la facultad de enajenar, se sienta en esta sede que el poder que el recurrente tenía otorgado a favor de doña M. A. P. no facultaba a ésta para hacer las donaciones litigiosas.

Insuficiencia de normas reglamentarias para fundamentar recurso de casación.—No cabe alegar normas de carácter reglamentario para fundamentar un motivo de casación, salvo que su razón de ser se encuentre en el desarrollo de una ley sustantiva, en cuyo supuesto se admite su cita con la norma legal que le sirve de apoyo (SSTS de 30 de septiembre de 1991 y 29 de junio de 1993). (STS de 6 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El procurador don P. M.^a L. A., en nombre y representación de don J. L. B. B., promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de donaciones y otros extremos, la cual fue íntegramente estimada, siendo revocada la sentencia de primera instancia por la Audiencia Provincial. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia. (A. G. B.)

43. Responsabilidad del arquitecto-director. Medidas de seguridad.—El recurso de casación es formulado en este caso por uno de los codeemandados solidariamente condenado, arquitecto superior, director de la obra, como profesional independiente con contrato de prestación de servicios, con el promotor de la obra, basándose en un solo motivo que plantea la única cuestión jurídica que llega a casación: si al arquitecto superior, director de una obra, le alcanza la responsabilidad civil extracontractual por la muerte de un trabajador, por no haberse adoptado las medidas de seguridad.

La respuesta es negativa: el arquitecto superior, director de la obra, en contrato de prestación de servicios, no tiene la función de controlar las medidas de seguridad en la obra en construcción; ni así lo exige la Ordenanza de trabajo en construcción, vidrio y cerámica de 28 de agosto de 1970 que es una norma de carácter laboral aplicable a las relaciones derivadas del contrato de trabajo entre empresario y trabajadores, que no es el caso del arquitecto que interviene en la obra en construcción como profesional independiente, vinculado por un contrato de prestación de servicios. Con ello, se reitera lo ya resuelto por el propio TS en SS de 22 de noviembre de 1971 y de 27 de noviembre de 1993.

En consecuencia, procede la estimación del motivo de casación único del recurso interpuesto, formulado el amparo del artículo 1692.4.º LEC, alegando la infracción del artículo 1902 CC. De hecho, dicho precepto tiene carácter de principio y ha sido desarrollado profusamente por la jurisprudencia, que va hacia una objetivación y destaca, cada vez más, el elemento del nexo causal. Así, no se puede atribuir el suceso, relación de causa a efecto, a la actuación activa u omisiva del arquitecto. De lo cual se deduce que las sentencias de instancia han infringido dicho artículo 1902 CC, al declarar la responsabilidad de un arquitecto por un hecho del que no ha sido causante. (STS de 1 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El hecho de que se parte es la muerte de un trabajador, esposo de la demandante, en una obra en construcción, por una caída a la vía pública, siendo la causa la omisión de las medidas de seguridad consistentes en redes protectoras que, de haber estado puestas, no habría caído en el vacío, pero si la víctima hubiese adoptado las medidas de seguridad de llevar casco protector y cinturón de seguridad, no se habría producido su muerte. La esposa ejerció acción de responsabilidad civil extracontractual en su nombre y en el de su hijo menor de edad y se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Elche, con fecha 17 de diciembre de 1992, estimando parcialmente la demanda interpuesta. Interpuesto recurso de apelación, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1995, desestimándolo. Finalmente, se interpone recurso de casación con apoyo en un solo motivo, comprendido en el apartado cuarto del artículo 1692 LEC y fundado en la infracción de normas del Ordenamien-

to jurídico, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al infringirse por aplicación indebida o errónea el artículo 1902 CC. (J. L. B.)

44. Responsabilidad del arquitecto ex artículo 1591 CC.—Si el arquitecto demandado aceptó la obra tal como se hizo años atrás por otra constructora y bajo proyecto de arquitecto distinto, no es dudoso que aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, no puede escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado. La S de esta Sala de 10 de mayo de 1986 declaro: «como ya ha sido reiteradamente declarado por esta Sala, es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarlos, sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión (SS de 29 de marzo de 1966; 22 de noviembre de 1971, 7 de octubre de 1983 y 13 de febrero, 5, 8 y 16 de junio de 1984)».

Este criterio de responsabilizar al arquitecto de obras realizadas por otro arquitecto y aceptadas sin protesta es el que ha recogido posteriormente la nueva Ley de edificación 38/1999, de 5 de noviembre, en cuyo artículo 17, apartado 7, se preceptúa en el párrafo segundo: «quien acepta la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiera corresponderla frente al proyectista». (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tenerife se dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *Golf del Sur, S.A.* contra *Construcciones Isla Verde S.A.* y *S. E. M. M.* y la reconvención del segundo hacia el primero. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por *Golf del Sur, S.A.* (O. M. B.)

45. Ámbito de aplicación del artículo 1591 CC: concepto funcional de ruina.—El concepto de ruina está muy consolidado jurisprudencialmente; este concepto (que no es un supuesto de saneamiento por vicios ocultos) no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza bien a toda la construcción o bien a parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes. La doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo la Sala para perfilar el concepto de ruina abunda en la idea de separarle de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio. Lo que significa que la ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y superador del significado riguroso y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha, se extien-

de a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.

Responsabilidad solidaria.—El principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en la responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquéllas ha participado en la causación del mismo. Es decir, que no puede cargarse a la víctima de la ruina la prueba de cual ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente. (STS de 15 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. L., como presidente de la comunidad de propietarios de las viviendas P. M. demanda a la empresa constructora de las citadas viviendas, los arquitectos y los aparejadores, entablado contra ellos la acción de responsabilidad decenal derivada del artículo 1591 CC, por las deficiencias constructivas y vicios ruinógenos que presentan los inmuebles. Tanto en primera instancia como en apelación se condena solidariamente a todos los demandados. (M. C. P. A.)

46. Sentencia penal absolutoria.—Las sentencias absolutorias dictadas en procedimiento penal por imprudencia no obstan a que se pueda entablar la correspondiente acción civil por culpa extracontractual, porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal, por lo que hechos culposos que pueden dar lugar a la primera en cambio, no pueden estar comprendidos dentro de la segunda, habida cuenta, su carácter más restrictivo debido a su naturaleza punitiva; así la STS de 10 de marzo de 1962 sostiene que un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoraciones jurídicas distintas, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyentes de la aplicación del artículo 1252 CC; estando reconocida la prejudicialidad positiva de la sentencia penal sobre la civil, supuesto que no se da en el caso de autos.

Compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles.—Desde antiguo se reconoce jurisprudencialmente la compatibilidad de las indemnizaciones laborales con las civiles, y ahora legalmente al proclamar que la calificación de un hecho como accidente de trabajo no obsta a que los perjudicados puedan ejercitar las oportunas acciones civiles o criminales por negligencia o dolo.

Quantum indemnizatorio: carga de la prueba.—Es indudable que el informe del médico forense ha sido una de las bases más importantes para la determinación de la cuantía indemnizatoria, en orden a la fijación de los días de la duración de las lesiones, la incapacidad que su curación ha determinado para su trabajo habitual, y la naturaleza y efectos que sufre el actor; sin embargo este hecho no ha alterado el *onus probandi*, ya que el referido informe ha sido uno de los diferentes medios de prueba que ha sometido a valoración al tribunal de instancia, que no ha impedido al recurrente valerse de otros medios, e, incluso, del propio informe, no obstante haber sido aportado por la parte contraria, circunstancias que implican la igualdad que han mantenido las partes litigantes y que se resolvió en la sentencia, por lo que no se ha infringido el artículo 1214 CC. (STS de 16 de octubre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: responsabilidad civil de la Administración sanitaria: competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa.—Con la finalidad de incardinar *ad futurum* supuestos como el actual en la jurisdicción contencioso-administrativa se promulgaron, la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 2.º atribuye a este orden jurisdiccional «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, y la Ley Orgánica del poder judicial, tras su reforma operada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de junio, atribuye a los órdenes jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive»; añadiendo el artículo 9.4 que «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Derecho transitorio: competencia de la jurisdicción civil.—En este caso la demanda se dirige contra un médico cirujano, una entidad aseguradora y el INSALUD por hechos acaecidos en 1988, presentándose la demanda en febrero de 1990, aplicándose la mayoritaria doctrina de la Sala 1.ª que incardina en la jurisdicción civil el conocimiento de tales hechos cuando la actuación de la entidad pública no se produce en el ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración Pública, sino como entidad privada para atender a la curación de una enferma, en que actúa en relaciones de Derecho privado, debiendo invocarse también la conocida doctrina para evitar el llamado *peregrinaje de jurisdicciones*. Otra solución conculcaría el principio de igualdad constitucional al haberse mantenido ya en STS de 18 de febrero de 1997, en la que la demanda se dirigió sólo contra la Administración sanitaria y se presentó cuatro meses después de la actual.

Negligencia del médico que practicó la biopsia que seccionó el nervio.—Se declara probada la actuación descuidada, torpe, negligente del médico en su práctica de la biopsia, siendo tal conducta la causa de los daños y perjuicios sufridos por la actora, pues aunque tal intervención se hizo con buena praxis, no se ha probado que la técnica fuese la que correspondía a las condiciones de la paciente, sin que se atendiese tampoco a las peticiones de la paciente a la vista de sus dolores, ni por parte del médico ni del Servicio Valenciano de Salud. (STS de 28 noviembre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: daños causados por Ayuntamiento: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: cambio legislativo introducido por Ley 30/1992.—Tanto la Ley de 26 de noviembre de 1992 como el RD de 1993 que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, señalan que la vía judicial a utilizar no puede ser otra que la contencioso-administrativa. Tal cambio legislativo se ha traducido, como no podía ser de otro modo, en un cambio jurisprudencial, que ya se proclamó en STS de 16 de diciembre de 1998, que recoge en su fundamentación que, tras la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 CC, y la publicación de dicha ley de 1992, ha cambiado el panorama competencial de acuerdo con el artículo 215 del Tratado constitutivo de la CE, concentrando ahora estas reclama-

ciones en la jurisdicción contencioso-administrativa; en igual sentido la STS de 16 de marzo de 2000, que hace aplicación a un supuesto de responsabilidad formulada frente a un Ayuntamiento como organizador de un festejo taurino, aunque hubiera actuado como si de una empresa privada se tratara, y aunque concurra o no tal responsabilidad extracontractual con la de otras personas o entidades particulares, porque la atribución a los órganos contencioso-administrativos excluye el conocimiento de los civiles, siendo suficiente la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, con independencia de la naturaleza de la obligación de que dimana tal responsabilidad. En nada afecta la naturaleza de la obligación, ni que se demande también a particulares y al vínculo de solidaridad y no pueden ser atendibles razones de mera economía procesal, cuando una ley impone obligatoriamente un camino jurisdiccional para estas reclamaciones.

Exoneración de responsabilidad civil de la empresa que construye según licencia en nuevo polígono.—La transformación industrial de la zona no se produce instantáneamente, sino que ha precisado inexcusablemente de unos trámites administrativos obligados, sin que conste que el actor haya agotado los trámites de audiencia o impugnatorios, ni que pidiera al Ayuntamiento el resarcimiento de los daños producidos por el cambio de zonificación; hechos todos ellos que sirvieron de base a los juzgadores de instancia para absolver a la empresa. (STS de 29 de enero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda de resarcimiento de daños se dirige contra el Ayuntamiento que aprueba un nuevo polígono industrial y construye una carretera a nivel más elevado que el lugar en que estaba instalada la empresa del actor, y, asimismo, contra una empresa radicada en aquél que construye un muro y origina que las aguas que normalmente salían de la finca del actor, retornen de nuevo. La sentencia (Ponencia de Martínez-Pereda Rodríguez) confirma la sentencia de la Audiencia Provincial poniendo énfasis en la incompetencia de jurisdicción de los tribunales ordinarios para entender de las acciones por culpa extracontractual dirigidas contra los Ayuntamientos (sale así al paso de los frecuentes argumentos que la propia Sala 1.^a había alegado para seguir conociendo de tales demandas respecto de hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la Ley de 1992, y trata de refutarlos), y ratifica la absolución de la otra empresa codemandada con el Ayuntamiento. En el presente caso parece justa la decisión de la Sala 1.^a, pero quizá, el actual caso, pueda servir para plantear algunas cuestiones que, en el futuro, se plantearán en parecidas hipótesis, cuando junto a una entidad pública aparezca uno o varios responsables que son particulares. Así ¿cabrá demandar, ante la jurisdicción contenciosa, exclusivamente a un ente privado (por ejemplo la compañía de seguros), tanto si previamente resultó condenada la Administración Pública, como en el caso contrario? Para exculpar aquí a la empresa que había obtenido licencia municipal de instalación en un nuevo polígono ha resultado ineludible referirse a la actuación del Ayuntamiento (el particular que obtiene licencia municipal, ejercita su derecho). No es aventurado, sin embargo, conjeturar que muchas veces la condena en vía civil del responsable sujeto a esta jurisdicción vendrá condicionada, o dependerá estrechamente, de la del ente público, pues en otro caso se corre el riesgo de dictar resoluciones contradictorias sobre

hechos idénticos. En el caso de un asegurador de ambos responsables (administrativo y civil) la contradicción podría llegar a ser muy llamativa. No parece seguro que todas las instancias judiciales hayan asimilado hasta ahora plenamente la regla de la competencia contencioso-administrativa, de modo exclusivo, en estos supuestos, por lo que no es de excluir que de nuevo se hagan valer ante la Sala 1.^a, similares argumentos. En el FD 2.^o se afirma, a modo de conclusión, que *no pueden ser atendidas razones de mera economía procesal cuando una ley impone obligatoriamente un camino jurisdiccional para estas reclamaciones*. Lo que es evidente: *dura lex sed lex*. Pero ¿se estimará argumento suficiente por la jurisdicción del orden civil, cuando, en el caso, se haya producido un prolongado peregrinaje de jurisdicciones, sin culpa del justiciable? (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: daños por filtración de agua de acequia: relación de causalidad.—Se declara probado en la sentencia de apelación que las humedades procedentes de la acequia que lame el muro de contención han producido la pérdida de la verticalidad del mismo y el arrastre de las tierras donde se apoya la vivienda, de donde resulta evidentemente demostrada la relación de causalidad entre el descuido en la conservación del canal del riego de la comunidad demandada, que han producido las filtraciones, y los daños causados, no sólo en el muro de contención sino también en la vivienda.

Personalidad jurídica de la comunidad de regantes.—Es de rechazar la alegación de que debía haber sido demandada la Confederación Hidrográfica, excepción opuesto en primera instancia, más no en apelación, por lo que ahora debiera rechazarse; en todo caso la sentencia condena a la comunidad de regantes, entidad independiente que goza de personalidad jurídica, por lo que resulta innecesario demandar a la Confederación.

Incongruencia *extra petita*.—Al haber concedido la sentencia estimatoria, a la parte actora una opción no solicitada, se estima la infracción de congruencia del artículo 359 LEC, y en orden a los daños sufridos en la vivienda procede mantener la condena a la comunidad de regantes a reparar la vivienda dañada, o en otro caso a satisfacer al actor los gastos que hubiera ocasionado la subsanación, sin que en ninguna de ambas opciones pueda exceder de la suma pedida, de la que se deducirá el importe de los gastos de reparación de las averías que sean debidas al paso del tiempo y al deficiente cuidado de conservación por el propietario, que se acrediten pericialmente, como se recoge en el fallo.

Incompetencia de jurisdicción: actuación de las comunidades de regantes.—En el acto de la vista la dirección letrada de la parte demandada hizo valer los artículos 139 y 144 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común, de 1992, para fundamentar que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasa a ser la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado; sin embargo, la jurisprudencia del TS, tanto civil como contencioso-administrativa, reconociendo el carácter público de las comunidades de regantes, diferencia el campo del derecho en que actúen, y atiende a la naturaleza de los actos que se someten a juicio; en consecuencia, corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de las relaciones jurídicas nacidas en el ámbito del derecho privado, como es el caso actual de exigir responsabilidad por culpa

extracontractual por la omisión del cuidado del canal de riego que ha producido inundaciones y filtraciones en el fundo sirviente de una servidumbre de acueducto. (STS de 26 de octubre de 2000; ha lugar en parte.)

NOTA.—Los hechos acaecieron después de entrar en vigor la Ley de 1992, y ambas instancias judiciales han rechazado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La responsabilidad del fundo dominante es clara a la vista del artículo 557 CC, precepto que ahora se completa por el artículo 46.2 de la Ley de Aguas y por los artículos 18 a 40 del Reglamento de dominio público hidráulico. La extensa atención administrativa que se le dispensa es debida probablemente a que la servidumbre de acueducto es la más importante entre todas las servidumbres en materia de aguas (Capilla Roncero, *Com. Min. Justicia*, I, p. 1438). Creo que este deber de indemnizar no se fundamenta en la culpa sino que es de naturaleza objetiva, por lo que la prueba de la relación de causalidad resulta necesaria. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: daños en línea telefónica al ejecutar obras en vía pública: aplicación del artículo 1902 CC: culpa o negligencia del causante del daño.—El artículo 1902 CC exige la culpa o negligencia del agente o comitente, lo que necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación con el comportamiento de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él. Resulta evidente la negligencia de la parte actora por las siguientes razones: 1) porque jurídicamente no cabe esperar que una compañía telefónica, a la sazón única en España, incumpliera tan manifiestamente las condiciones de la licencia municipal para la obra de instalación, en su momento, de los cables, dejándolos prácticamente en superficie y sin más protección que un tubo de PVC; 2) porque la profundidad de los cables en los registros próximos a donde se empezó la perforación era de un metro y medio, lo que hacía más inexplicable aún que repentinamente ascendiera su trazado hasta unos diez o doce centímetros de la superficie; 3) porque en consecuencia, es muy posible que la información que de la compañía telefónica hubiera podido recabar el ejecutante de las obras resultara viciada, ya que oficialmente, y por tanto sobre el papel, la instalación tenía que estar a más de un metro de profundidad; y 4) porque la situación de los cables indica que aunque la perforación del pavimento se hubiera iniciado «a mano», también habría podido producirse el daño, ya de inmediato, ya al pasar en algún momento a la utilización de los martillos-percutores por no detectarse previamente los cables en el tramo perforado «a mano». En cambio, para el ejecutante de las obras no era razonablemente previsible que la instalación de las líneas telefónicas se encontrara a tan sólo diez o doce centímetros de la superficie de la vía pública; exigir en este caso al ejecutante una perforación «a mano», o una petición a la compañía telefónica de los planos de la instalación, todo ello para una obra al fin y al cabo de poca envergadura, era imponerle un sacrificio claramente desproporcionado en comparación con el grave incumplimiento de la compañía cuando instaló los cables. La valoración conjunta de ambos comportamientos conduce a declarar que la compañía incurrió en un más grave quebranto, y que éste fue decisivo o determinante del resultado dañoso que ella misma sufrió. (STS de 23 de febrero de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) por la minuciosa atención prestada, tanto a los aspectos procesales como sustantivos; así en el FD 2.º se razona con lujo de argumentos para imponer las costas en primera instancia, del codemandado absuelto, al actor, aspecto sobre el que también se estima el recurso; y, de modo singular, en el FD 3.º a la hora de desestimar la reclamación de Telefónica por daños causados a los cables de enlace, punto en que también se estima el recurso; si las obras causantes del daño eran «de poca envergadura», la indemnización reclamada, sin embargo, supera los doce millones de pesetas. Sin duda la conducta de Telefónica puede calificarse de *culpa lata*, aunque referida a un momento anterior que no se precisa en autos, la del tendido telefónico. Pero aplicándose precisamente la jurisprudencia anterior, relativamente abundante, recaída en casos similares, no parece que se pueda exonerar del todo al autor de las obras; no parece que éste solicitara, ni del Ayuntamiento, ni de Telefónica, planos de las conducciones subterráneas en la zona en donde iba a realizar obras; obligación auxiliar de prevención de daños que parece de ineludible cumplimiento, sin que convezan las razones apuntadas en la sentencia para minimizarla en el caso. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: muerte y lesiones por explosión de bombona de gas debida a rotura del anillo de goma que cierra el cuello de aquélla.—Se declara probado que la causa directa de la explosión obedeció a una fuga de gas consecuencia de la rotura del anillo de la goma que cierra el cuello de la bombona de gas, suministrada en el domicilio de la parte actora, fuga ésta que provocó la acumulación de gas y posterior explosión e incendio, con resultado de muerte y lesiones graves; siendo responsable la empresa R.B.S.A. en cuanto propietaria de la bombona defectuosa, que venía obligada a garantizar el correcto estado de dicho envase.

Litisconsorcio pasivo: doctrina general: inaplicable en la culpa extracontractual en razón a la solidaridad.—Es doctrina reiterada que lo característico del litisconsorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues de no ser así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio es de carácter necesario; tratándose de la responsabilidad extracontractual, se produce la solidaridad con base en el artículo 1144 CC según reiterada jurisprudencia, y ello evita la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Inaplicabilidad de la Ley de 1994.—La Ley de 1994 relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no es aplicable al caso de autos porque los hechos acaecieron antes de su entrada en vigor.

Cuantía de la indemnización.—Es doctrina reiterada que el *quantum* indemnizatorio, en caso de responsabilidad extracontractual, pertenece a la prudente discrecionalidad del Tribunal de instancia, no siendo revisable en casación, salvo que se acredite error en los supuestos fácticos o jurídicos en que se ha basado la sentencia de instancia para fijar la cuantía de la indemnización; los daños causados consisten en el fallecimiento del padre y esposo, resultando con graves lesiones la viuda joven y una hija pequeña; la sentencia

razona harto detalladamente dicha cuantía, sin acoger totalmente las pretensiones de la demanda; no hay infracción de la facultad moderadora, ni del artículo 1902 CC. (STS de 31 de enero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta notable la cuantía de la indemnización que en el pleito se discute. Frente al casi centenar de millones que se piden en la demanda el Juzgado de Primera Instancia otorga poco más de veintisiete (más el importe de la operación de cirugía estética y gastos accesorios de la misma), la Audiencia Provincial eleva aquélla a sesenta millones. Al rechazar el recurso la sentencia extractada alaba el minucioso cálculo que sobre la cuantía indemnizatoria, lleva a cabo la sentencia recurrida. Contrasta con el límite de cinco millones de la póliza contratada con la empresa demandada. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: incendio de hostel con resultado de muerte: negligencia de la empresa hotelera.—La responsabilidad se basa en la omisión de unas medidas de seguridad ineludibles para prevenir un resultado como el que se produjo, y que, obviamente, no cabe excusar con las muy elementales que se aducen existentes, ni con un informe de un servicio administrativo que, en absoluto, justifica las deficiencias que contribuyeron de forma eficiente a la producción del resultado; y sin que tenga mayor trascendencia jurídica si dicha omisión se produjo en relación con obligaciones propias del contrato —parece claro que una de las obligaciones que conlleva el contrato de hospedaje es que éste se ofrezca con las adecuadas condiciones de seguridad personal—, o que, por quedar la exigencia fuera de la rigurosa órbita de lo pactado, debe operar la responsabilidad extracontractual, con arreglo a la que debe responderse de aquella conducta omisiva culposa, generadora de daños a otras personas, que se habrían podido evitar adoptando la diligencia exigible en armonía con las circunstancias del caso.

Caso fortuito: inexistencia: el incendio debido a causas desconocidas no es, necesariamente, fortuito.—No se puede calificar de fortuito el hecho cuyas causas se afirma expresamente que son desconocidas. El incendio se inició en la planta baja del inmueble, pero no se ha probado ni la causa que originó el incendio, ni el punto exacto en que el mismo se inició; por lo tanto no cabe hablar de incendio fortuito, sino de origen desconocido.

Relación de causalidad: cuestión nueva.—El tema de la relación de causalidad es, al menos formalmente, *cuestión nueva* por cuanto no se planteó en apelación y, por consiguiente, no cabe traerlo *per saltum* a la casación. Entre los hechos declarados probados figura la omisión de medidas de seguridad, por lo demás, absolutamente naturales si se tiene en cuenta que se trataba de un hostel con más de treinta habitaciones, ubicado en las plantas de un edificio no destinado exclusivamente a esa actividad, enumerándose circunstancias tales como la situación de la escalera, la inexistencia de alarma acústica audible en la totalidad del establecimiento, e incumplimiento de las condiciones de ignifugación de los materiales y revestimientos utilizados en el hostel, las cuales permiten formar un correcto juicio sobre la existencia de relación de causalidad.

Cuantía de las indemnizaciones.—La fijación de una indemnización por muerte de dieciséis millones de pesetas es adecuada y, en absoluto, excesiva, y ello tanto más si se tiene en cuenta su naturaleza de deuda de valor, sin que pueda tomarse en consideración la conducta negligente de la otra parte

demandada, ni tenga influencia en la materia la situación económica que, a consecuencia del incendio, se produce para la sociedad recurrente, la cual pudo haberlas prevenido con los remedios jurídicos oportunos.

Solidaridad.—La doctrina jurisprudencial viene reconociendo la aplicabilidad de la solidaridad impropia (en cuanto no resulta de pacto o disposición legal) en los casos en que el resultado dañoso es una consecuencia de varias aportaciones causales sin que sea posible determinar, mediante un módulo aritmético la cantidad de las respectivas participaciones; esta solución no exige que se dé una actuación conjunta, ni que la causa sea común o única, siendo aplicable a causas concurrentes, autónomas, susceptibles de producir cada una de ellas por sí sola el resultado dañoso objeto de la litis (SSTS de 19 de abril, 25 de mayo, 21 de junio, 30 de setiembre, 8 de noviembre y 23 de diciembre de 1999).

Responsabilidad de los servicios de bomberos, dependiente del Ayuntamiento.—Por parte del servicio de bomberos, pese a la proximidad del parque al hostel, se incidió en un importante retraso en acudir al lugar del incendio, además de la inexplicable situación de dificultad para poder contactar con el mismo; no se llevó en ese momento la escalera grande con lo que se dificultó y retrasó, todavía más, el inicio de las labores de rescate; y se incurrió en una actuación desordenada y de falta de destreza. Es correcto el razonamiento de la sentencia recurrida de que si los bomberos, llegando tarde, fueron capaces de salvar a ochenta personas, a pesar del desarrollo que había alcanzado el incendio durante ese lapso de tiempo de inactividad, es lógico pensar que una actuación a tiempo hubiera podido evitar, no sólo salvar la totalidad de las personas, sino incluso evitar la destrucción del edificio. La responsabilidad de los bomberos es independiente de que el incendio no tuviera causa conocida, porque la actuación de este servicio operó como causa eficiente de la producción del resultado dañoso, al margen de las negligencias en que incurrió el hostel. (STS de 7 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—En el luctuoso hecho, ocurrido en San Sebastián, se da la circunstancia de que el Parque Municipal de Bomberos radica a escasos centenares de metros de donde se incendió el edificio en que estaba instalado un hostel, con el resultado de tres huéspedes fallecidos. La sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández) analiza por separado la responsabilidad de los dueños del hostel, y la actuación de los bomberos, llegando a la conclusión de la responsabilidad en ambos demandados por hechos independientes (incumplimiento del deber de seguridad en el primero, y retraso en su actuación de extinción del incendio). Algunas observaciones: 1) La conocida doctrina de la acumulación de responsabilidades permite al ponente no profundizar en la obligación de seguridad. Creo que en el contrato de hospedaje hay un especial deber de garantizar la seguridad frente a incendios, que no se cumple sin más con el mero hecho de cumplimentar las medidas administrativas. 2) Es un acierto subrayar en la sentencia que «incendio debido a causas desconocidas» no significa «caso fortuito», correspondiendo al empresario hotelero la prueba cumplida de éste. 3) Sorprende un tanto la severidad con que se juzga la actuación de los bomberos con aplicación del argumento *ad maiorem maius*; se habla de dificultades para contactar con el teléfono del Servicio el cual, sin duda, debe estar siem-

pre en condiciones de recibir llamadas del exterior; se alude a la circunstancia de no llevar inicialmente la escalera grande con la que hubieran podido acceder inmediatamente a los pisos más elevados, pero ello dependía del aviso inicial de cuyo contenido no consta; probablemente el dato más perjudicial en su respecto ha sido la próxima vecindad de la sede del Servicio en relación con el lugar en que se declaró el incendio, que hubiera posibilitado la presencia casi inmediata (no se cuantifica la dilación en acudir). (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: muerte de obrero durante la descarga, de madrugada, de camión de basura en vertedero no iluminado: responsabilidad de la empresa por la teoría del riesgo.—La condena de la empresa de limpieza se basa en la carencia de iluminación propia en el vertedero, y a la precisión en que se encuentran los operarios de valerse del alumbrado del camión, cuyos faros según es notorio proyectan la luz hacia su parte delantera, en tanto que la actuación del fallecido obligadamente se desarrollaba en la trasera; dado que el hecho ocurre de madrugada resulta congruente aplicar tanto la llamada teoría del riesgo, como la del beneficio; la existencia de una iluminación adecuada, reduciría probablemente los beneficios de la empresa, pero hubiera permitido evitar accidentes tan graves como el de autos.

Inaplicabilidad de la Ley de accidentes causados por vehículos de motor.—El artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1301/1986, vigente a la sazón, no resulta aplicable al caso; en efecto, el precepto se refiere al conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños, corporales o materiales; el conductor del camión se hallaba ciertamente al volante de un vehículo cuyo motor estaba encendido; pero ni el camión circulaba, ni el accidente guarda la menor relación con su desplazamiento, pues aquél se encontraba parado, aunque con el manejo por el conductor de los mandos de un mecanismo accesorio cuyo funcionamiento está directa y exclusivamente relacionado con la descarga de las materias o efectos transportados en el vehículo.

Culpa exclusiva de la víctima: carga de la prueba.—Incumbía a la sociedad recurrente la cumplida demostración de que la causa eficiente del accidente radicó en una actuación negligente del fallecido, especialmente al aplicarse la inversión de la carga de la prueba en supuestos en que no se modifica o soluciona una grave situación de permanente peligrosidad en la empresa para la vida de sus operarios, derivada directamente de la falta de iluminación y, por ello, de visibilidad en que se veían obligados a desarrollar su trabajo; y a falta de la demostración rigurosa de la pretendida culpa exclusiva de la víctima, el motivo debe ser rechazado.

Responsabilidad directa de la empresa de limpieza.—No existe obstáculo legal alguno para que una persona jurídica incurra en responsabilidad por riesgo, cuando es ella misma, y no uno de sus operarios, quien origina dicho riesgo, y en el presente caso, la subsunción del supuesto en el artículo 1902 CC elimina tanto la referencia a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, como la posibilidad de ampararse en el último párrafo del artículo 1903 CC, o de ejercitar el derecho de repetición del artículo 1904 CC. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Romero Lorenzo) en la que cabe destacar: 1) La eliminación de la invocada aplicación de la Ley de responsabilidad por accidentes de circulación; el accidente labo-

ral ocurre al descargar un camión de basura en un vertedero, pero no es resultado de la circulación del vehículo, sino de accionar, por parte del conductor, el mecanismo que pone en marcha el volquete para descargar la basura. 2) La acertada calificación de responsabilidad por riesgo de la empresa de limpieza, la cual resulta evidente, sorprendiendo, en cambio, la contumacia en mantener las contrarias posturas jurídicas por parte de ésta hasta agotar los recursos, sobre todo si se atiende a que la cuantía de la indemnización por muerte es moderada (en torno a nueve millones seiscientos mil pts.) (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: muerte de escolar durante el recreo por caída de la portería sin red: derecho transitorio: responsabilidad del Estado y del Centro docente: incompetencia de jurisdicción.—Se alega constantemente la excepción de incompetencia de jurisdicción y el motivo de casación de exceso de la misma, en los frecuentes casos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, manteniendo la Sala 1.^a un criterio mayoritario, casi unánime, salvo en situaciones muy concretas, de desestimación de tales alegaciones. La STS de 31 de octubre de 1995, que atribuyó el conocimiento de la causa a la contencioso-administrativa por razón de especiales circunstancias, recoge y resume la doctrina jurisprudencial en dos extremos: a) cuando la Administración actúa con funciones típicas de la soberanía del Estado, revestida de *imperium*, su responsabilidad patrimonial se exigirá en la jurisdicción contencioso-administrativa; y b) cuando la Administración, actúe o no con *imperio*, es demandada conjuntamente con una persona privada, existiendo un vínculo real, no ficticio, de solidaridad entre ambas, se impone la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. En el presente caso no concurre el primero de estos extremos; en el caso del colegio público, el daño consistente en la muerte de un niño no forma parte del servicio público de enseñanza, pues no se produjo como consecuencia derivada del mismo; los alumnos del colegio son seres libres con su autonomía, y su actuación en el patio excede de dicho servicio y no puede pensarse que está sujeta al *jus imperium* de la Administración del Estado, procediéndose aplicar, dada la fecha en que ocurrieron los hechos, el artículo 41 LRJAE, siendo inaplicable la doctrina contenida en STS de 29 de noviembre de 1995, que es de la Sala 3.^a (aparte de tratarse de un caso no semejante al actual: lesión causada a un trabajador por el desprendimiento de una mampara en una oficina pública), en la que el Abogado del Estado sostenía la competencia de la jurisdicción civil.

Negligencia de la dirección del centro: exención de la tutora: contribución de la víctima al daño lesivo.—En los hechos probados se reputa negligente la existencia en el patio del colegio de una portería sin red, y la falta de adecuada vigilancia en el recreo, estimando que ambos hechos fueron las causas concurrentes, de modo eficiente y determinante, de la muerte del escolar; asimismo, que se omitieron las debidas precauciones en la organización del centro escolar y en la ordenación del recreo, y que la permanencia de las porterías y el no estar provisto de la red, constituyen una negligencia en sí misma, no estando bien organizada la vigilancia de los niños en el patio, exonerando, sin embargo a la tutora, siendo imputables tales hechos al director del centro y al Estado, titular del mismo, habiéndose producido una concurrencia de causas pues la actuación de la víctima contribuyó causalmente al resultado lesivo.

Litisconsorcio pasivo necesario: compañía aseguradora: acción directa.—La acción directa es una facultad procesal que la ley concede al per-

judicado y da lugar a responsabilidad solidaria del causante del daño y la compañía aseguradora. Pero tal acción directa puede ejercitarla, o no, el perjudicado, pero nunca se la impone como deber. En el presente caso, la solidaridad de obligados impide la aplicación del litisconsorcio. En los recursos de ambas partes condenadas en apelación —el Estado y el director— mantienen que la responsabilidad es de la otra parte, niegan el nexo causal de su respectivo representado, y resaltan la actuación del niño; pero ambos son argumentos de apreciación subjetiva, que chocan con los hechos probados, antes relatados. Se trata de un supuesto análogo al que originó la STS de 10 de octubre de 1995 (menor de nueve años que se agarró a la canasta de baloncesto, hizo una pirueta, tocó con los pies una malla metálica, y cayó saliendo proyectado hacia atrás, muriendo al golpear su cabeza en el suelo), en la que esta Sala estimó la responsabilidad de la directora del colegio y de la Xunta de Galicia. (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren el 27 de septiembre de 1991, por lo tanto la doctrina que se establece sobre competencia de la jurisdicción civil sólo tiene carácter transitorio, y, en tal sentido, se mantiene mayoritariamente por la Sala 1.^a El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda (al parecer, por razones de fondo), pero la Audiencia Provincial condenó a una indemnización de cinco millones de pesetas solidariamente al director del centro y al Ministerio. El TS rechaza el recurso, confirmando el fallo de la Audiencia Provincial (Pte.: O'Callaghan Muñoz). Dada la multiplicación de hechos similares, la generalización de esta doctrina jurisprudencial en el caso, obligará a la autoridad educativa competente a una escrupulosa y constante revisión de los terrenos e instalaciones dedicados a recreo de niños y adolescentes, especialmente en relación con el estado de las porterías dedicadas a diversas clases de juegos, contando siempre con sus reacciones habituales después de haber pasado un período más o menos largo, de inactividad física. (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: derecho ambiental: artículo 45 CE. Este precepto constitucional plantea la horizontalidad del Derecho ambiental y, por ende, el carácter intersectorial e interinstitucional de la política y problemática ambiental, al ser elaborada y aplicada con los instrumentos creados por el ordenamiento jurídico; al lado de los derechos públicos, políticos, sociales y económicos, se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental.

Aspectos civiles del Derecho ambiental: doctrina general.—Una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza es el progresivo y generalizado daño y deterioro que se produce sobre los componentes físico-naturales del ambiente, como resultado de la actividad humana, a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, que afectan tanto a derechos e intereses de carácter público como de orden privado. Los planteamientos civiles son históricamente los primeros en materia de humos y olores en las relaciones de vecindad; el daño al ambiente puede limitarse a comportamientos físico-naturales del espacio (aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y

bienestar general. En la medida en que determinadas actividades dañan al ambiente, destruyendo o deteriorando recursos naturales, degradando los componentes biológicos de determinados sistemas, o alterando las condiciones de la vida social, conforme a los principios generales de derecho es lógico aplicar los postulados de la responsabilidad jurídica, sea civil, administrativa o penal para el autor o autores del daño.

Deterioro ambiental continuado: elevación de la cuantía indemnizatoria.—A partir de 1987: *a)* la vivienda, dependencias anexas y finca de los actores, sufren en mayor o menor medida según el número de empresas funcionando, la presencia notable de polvo, desprendido tanto del funcionamiento de las maquinarias en el tratamiento de las materias primas, cuanto del paso de numerosísimos camiones, a velocidad no limitada, por la pista de tierra circundante; *b)* fuerte nivel de ruidos y vibraciones que afectan a la propiedad de los actores, al igual que el polvo, por la proximidad o cercanía de las industrias y pistas con la vivienda; *c)* estos factores de contaminación se han producido con intensidad variable según el número de empresas en funcionamiento y la estación del año, siendo más continua a partir de 1986, afectando no sólo al rendimiento agrícola de la finca, y al estado de las construcciones arquitectónicas, sino también —lo que se omite en la sentencia recurrida—, al nivel de calidad de vida de los actores y familiares que con ellos conviven, causándoles indudables molestias e incomodidades, si bien no se han probado problemas sanitarios. Dato a tener en cuenta es que los actores adquieren la vivienda (de 150 metros cuadrados) y anexos en 1982 por el precio escriturado de medio millón de pesetas, en época en que era conocida la situación medioambiental del lugar, y que incluso los actores intervinieron a título lucrativo en el proceso productivo de una de las industrias contaminantes, vendiéndoles agua. Dada la clara desproporción entre el daño constatado y la reparación acordada por la Sala *a quo*, procede elevar la cuantía a abonar por las actuales empresas actuantes en siete millones de pesetas, sin tener en cuenta las circunstancias ya indicadas que no pueden inviabilizar de por vida cualquier medio de defensa contra el daño ambiental. (STS de 2 de febrero de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia sobre daño ambiental continuado (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez) en la que destacan las disparidades notables en la cuantía de las indemnizaciones solicitadas y concedidas (en ambas instancias se estima parcialmente la demanda). Los actores reclaman en torno a cuarenta o cincuenta millones a las empresas causantes del daño ambiental (primero en autos separados que luego se acumulan). El Juzgado de Primera Instancia otorga en forma de condena solidaria la suma de 570.137 pesetas; la Audiencia Provincial en apelación la amplía en un millón de pesetas. La razonada sentencia extractada la incrementa en siete millones más. (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: daños causados por suspensión de obras al interponer interdicto luego desestimado.—Según STS de 26 de octubre de 1998 la jurisprudencia ha estimado las acciones de indemnización por suspensión de obras al interponerse el interdicto correspondiente cuando se acredita una persistencia, totalmente injustificada, en mantener en suspenso las obras iniciadas; así en el caso resuelto por STS de 6 de julio de 1990, por cinco veces sucesivas fue ejercitada, sin fundamento, acción interdictal

contra actividades municipales, para la apertura de una vía turística, o bien por razones de justicia conmutativa en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de la normal prudencia (SSTS de 16 de junio de 1978, 23 de noviembre de 1984, 17 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 4 de marzo y 4 de diciembre de 1996). Por lo demás el ejercicio de una acción contra un acto ilícito no puede encajarse nunca en el abuso de derecho, el cual debe declararse con base en los hechos que lo evidencien, sin que la desestimación de un interdicto haga nacer inevitablemente el derecho a obtener indemnización de daños y perjuicios (STS de 22 de marzo de 1996).

Acción para reclamar indemnización de daños por la nueva construcción: interrupción del plazo de prescripción.—Los actos interruptivos se refirieron a la situación fáctica de unos daños que la sociedad constructora causó al edificio de los interdictantes, y los perjudicados ejercitaron acciones y realizaron actos extrajudiciales con el objeto de proteger la integridad material de aquél, *in natura* o por equivalencia, sin que sea trascendente el tipo procesal de acción ejercitada. (STS de 2 de febrero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Complejo supuesto de hecho en cuyo punto de partida está la suspensión de obras subsiguiente a la interposición de interdicto de obra nueva cuando los perjudicados por ésta vieron aparecer grietas y otros desperfectos, que precisaron de obras de apuntalamiento al comenzar la construcción en el predio colindante. El interdicto fue desestimado en primera y segunda instancias. Las obras estuvieron paralizadas durante sesenta y un días y la constructora reclama ahora una indemnización algo superior a los veintiún millones de pesetas por daños de suspensión, gastos de aval bancario y *lucrum cesat*. Por vía reconvenional los interdictantes reclaman a su vez la indemnización de los daños causados en su finca por las obras. En ambas instancias se desestima la demanda y se estima la reconvenición. El recurso de casación interpuesto por los actores-reconvenidos es desestimado con base en la doctrina extractada, condenándose en vía reconvenional a la constructora al pago de unos siete millones de pesetas, suma casi coincidente con la reclamada. La Sala estaba compuesta por tres magistrados que, curiosamente, son catedráticos de Universidad (Sres. Almagro Nosete, O'Callaghan que fue ponente, y Gullón que firmó el voto particular). Este último sostiene radicalmente lo contrario de la sentencia: que los interdictantes actuaron abusivamente (hubo precipitación por su parte, pues los daños inicialmente detectados fueron detenidos por obras adecuadas, consistentes en un muro de protección; precisamente el interdicto se desestimó porque no se produjeron nuevos daños desde la construcción de aquél), y que la supuesta interrupción de la acción para reclamar los daños realmente causados, no fue tal, por lo que la acción estaba prescrita. (G. G. C.)

57. Acción de responsabilidad civil extracontractual contra la DGRN: no se puede imponer a los Registradores de la Propiedad unos específicos deberes de investigación, comprobación y constatación de la realidad física y material de las fincas que acceden al Registro.—El último motivo, sin indicar tampoco cauce impugnatorio, se apoya en la supuesta vulneración del artículo 1902 CC. Mas de los hechos probados que resultan de la

sentencia recurrida se impone como evidencia que no puede existir responsabilidad alguna de la Administración del Estado, cuando los recurrentes en la correspondiente escritura pública de compraventa de la parcela segregada mostraron su expresa conformidad con el contenido de la misma y, por lo tanto, por el principio de la doctrina de los actos propios y por el hecho, como dice la sentencia recurrida, de que no se puede imponer a los Registradores de la Propiedad unos específicos deberes de investigación, comprobación y constatación de la realidad física y material de las fincas que acceden al Registro. Todo ello conduce al decaimiento de este último motivo de casación y consiguientemente, con ello, a la desestimación en todas sus partes del recurso de casación. (STS de 9 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres fincas se segregan de una finca matriz y son vendidas a tres compradores diferentes, reproduciéndose en las tres escrituras de compraventa el mismo error material por parte del Notario autorizante, consistente en hacer constar una identificación registral de la finca matriz distinta de la verdadera, de modo que las tres fincas segregadas aparecían radicadas en un municipio distinto de aquél a que en efecto pertenecían y aparecían como fincas urbanas, cuando realmente eran rústicas. El Notario se había limitado a hacer constar en las escrituras las manifestaciones del vendedor y los compradores, sin realizar investigación alguna acerca de su veracidad. Los compradores ejercitan acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios basada en culpa extracontractual, en principio tanto contra el Notario, como contra la DGRN, por no haber comprobado el Registrador de la Propiedad la adecuación a la realidad de los datos escriturados. Posteriormente, el objeto del proceso queda reducido a la acción ejercitada contra el Estado. Ambas sentencias de instancia, si bien no conformes de toda conformidad, absuelven a los demandados. Interpuesto el recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

58. Culpa extracontractual: muerte de obrero especialista en tala de árboles: culpa exclusiva de la víctima.—El accidente ocurre luego de arrancar infructuosamente un tocón, después de lo cual el dueño se alejó del lugar para realizar otras tareas mientras que el obrero con una sierra mecánica logró separar el tocón de su raíz, en cuyo momento éste rodó cuesta abajo causando la muerte del mismo. La conducta del obrero fallecido y el subsiguiente resultado eran imprevisibles para el demandado, teniendo en cuenta que el trabajador fallecido era un especialista talador; el hecho de que el dueño se alejase del lugar con el tractor para otros menesteres, y que allí quedase la sierra mecánica no es una conducta que pueda calificarse de negligente, al no constar que ordenara al fallecido que procediese a la corta del árbol. Por todo ello falta la conducta culposa del demandado.

Relación de causalidad.—De los hechos declarados probados no se desprende la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño producido; en efecto, el fallecido realizó el corte introduciéndose, pendiente abajo, en la base de un árbol caído sin que el tocón estuviese asegurado y en una zona del tronco cercana a la raíz, lo que facilitó que ésta se desprendiera ya que había sido removida anteriormente, y se encontraba en suelo húmedo. Esta conducta de la víctima es la única productora del daño acaecido, ya que la misma tiene entidad suficiente para absorber

cualquier otra que pudiera derivarse de hechos imputados al demandado. (STS de 2 de marzo de 2001; ha lugar.)

NOTA.—La reclamación de dieciséis millones de pesetas de indemnización, desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, fue fijada en la mitad por la Audiencia Provincial. La sentencia estimatoria del recurso (Pte.: González Poveda) confirma la desestimación de la primera instancia. La razón fundamental contenida en el FD 3.º es la falta de previsibilidad, esencial para generar responsabilidad extracontractual, y así la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento. En el presente caso, parece que el accidente hay que achacarlo a un exceso de celo por parte del obrero, experto talador según la sentencia, pues después de intentar infructuosamente arrancar el tocón con la presencia y colaboración del dueño, se ausentó éste para otros menesteres y, en su ausencia, el obrero volvió a intentarlo solo, fiado en su pericia, con una sierra mecánica, en cuya operación se produjo el accidente. Civilmente no hay conducta reprochable del patrono, pues no consta que le encomendara proseguir la tarea, ni que se lo ordenara, sino que la víctima actuó por su cuenta. Solución absolutoria razonable. (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: muerte en espectáculo taurino en plaza portátil: culpa exclusiva de la víctima: riesgo asumido voluntariamente.—En la noche del 8 al 9 de junio de 1990, cuando se celebraba un espectáculo taurino en la plaza portátil de Moncada, la víctima, padre de los actores, fue cogido por una res brava que en tal momento se encontraba en el ruedo, lo que significa que aquél sufrió la cornada cuando participaba activamente en el espectáculo y no en el callejón, lanzándose al ruedo donde se encontraba el toro, cayendo al interior del ruedo después de la cogida, no sufriendo daño alguno los barrotes protectores del callejón, todo lo cual proclama la culpa exclusiva de la víctima. La doctrina de esta Sala ha acogido la relevancia de la aceptación del riesgo por el perjudicado, y, con referencia a los espectáculos taurinos ha declarado la participación activa en el evento del fallecido o dañado, eximiendo de responsabilidad al organizador, salvo que se demostrare alguna culpa o negligencia de éste. Las SSTS de 13 de febrero y 18 de junio de 1997 se refieren al caso de unos espontáneos corneados en un festejo organizado por el Ayuntamiento, estimando que la doctrina del riesgo creado no comporta la objetivación de la responsabilidad en términos absolutos, porque el riesgo inherente en la suelta de vaquillas es insuficiente por sí solo para generar una responsabilidad aquiliana (STS de 17 de octubre de 1997). Supuesto semejante es el contemplado en STS de 3 de abril de 1997, en el que podían participar en el espectáculo los espectadores que lo desearan, y que para pasar al interior de la plaza había que abonar la entrada, siendo cogido un participante del festejo que, refugiado en un burladero, no recogió suficientemente la pierna tras los barrotes de protección, desestimándose la pretensión resarcitoria porque el daño nace de la propia negligencia que asumió el riesgo, no debiéndose el accidente a ningún defecto estructural de la plaza de toros portátil.

Seguro de responsabilidad civil: no cubre los daños si no se declara aquélla: responsabilidad en caso de accidentes.—La Orden de 22 de junio de 1989 de la Consellería de Administración Pública de la Comunidad Valen-

ciana, distingue los siguientes riesgos: de accidentes, de responsabilidad civil y defensa criminal y fianzas. En el presente caso, constando como hecho probado que la muerte fue debida a accidente imputable tan sólo a la propia víctima, no puede aplicarse la póliza de responsabilidad civil, y sí la de accidentes, como se ha hecho en la instancia. (STS de 3 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—En el FD 1.º se dice que «constituye el escrito de interposición de tal recurso extraordinario paradigma de lo que no debe hacerse por reunir un cúmulo de defectos procesales», lo que resulta evidente de su lectura, no obstante lo cual, y en aras de la tutela judicial efectiva, examina los motivos. En el FD 2.º se rechaza sin más la alegación de que al abonarse la entrada se ha creado un vínculo contractual entre la empresa y el adquirente de aquélla. Se responde que consiste en el derecho a penetrar en el local o recinto y a que el espectáculo tenga lugar. Pero ello resulta, por excesivamente escueto, incompleto, no cabiendo duda de que, de cualquier clase de espectáculos, ofrecidos al público a través de un contrato traducido en la adquisición de una entrada, deriva una obligación de seguridad, más o menos amplia, que recae sobre el empresario. Incluso en los encierros o las capeas (como parece ser el caso); lo prueba la constante referencia, en la sentencia extractada, a que los barrotes de seguridad estaban intactos. En el desgraciado supuesto parece clara, sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima y la adecuada utilización de la doctrina del riesgo asumido por ésta. (G. G. C.)

60. Culpa extracontractual: responsabilidad del hotel por caída de huésped desde terraza: secuelas irreversibles: inversión de la carga de la prueba: conservación de la barandilla.—El hotel demandado debía demostrar su diligencia en el buen estado de conservación de la barandilla sobre la que se cayó el actor, y al no hacerlo, tal conducta no está desprovista del reproche culpabilístico del artículo 1902 CC, porque no cumplió con sus elementales deberes de asegurar o conservar, o cuidar o mantener en debida forma la barandilla de madera por donde se cayó el demandante. No se ha aplicado la responsabilidad por riesgo sino el principio culpabilístico con inversión de la carga de la prueba, no habiendo demostrado la parte demandada su diligencia en mantener en buen estado el estado de la barandilla, a los fines de que cumpliera su funcionalismo de natural material, anclaje delimitador y evitatorio de caídas.

Indemnización del daño moral: doctrina general.—Por daños morales habrán de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, comprendiendo los siguientes: 1) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito; y si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre el daño moral. 2) Cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito; advirtiéndose que lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o ali-

menticias, sino el dolor inferido, o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas. La cuantificación del daño moral puede establecerse por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, todo ello según reiterada jurisprudencia.

Daño moral por quedar toda su vida obligada a uso de silla de ruedas con incapacidad permanente.—Este haz patológico padecido, por su gravedad y persistencia, deparan al recurrente un permanente estado anímico de frustración y sufrimientos tan intensos que obligan a esta Sala a fijar la suma de treinta millones de pesetas para paliarlo en lo posible, habiéndolo omitido la sentencia de la Audiencia Provincial.

Intereses.—Las sumas otorgadas por la Audiencia Provincial devengan interés desde la fecha de esta sentencia, mientras que la indemnización por daño moral que otorga esta Sala lo hará a partir de esta sentencia. (STS de 22 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de julio de 1988 unas vacaciones en el Mediterráneo, para un matrimonio inglés, terminan en tragedia. El mismo día en que los turistas llegan al hotel de Ibiza, y se les asigna una habitación en la planta 5.^a, sale el marido a fumar a la terraza y se apoya en la barandilla de madera, de 80 centímetros de altura, con anclaje metálico y de obra, cayendo al vacío y resultando con lesiones irreversibles, con incapacidad permanente, paralizado de cintura para abajo. El marido tiene veintisiete años, casado y sin hijos, trabaja en la construcción ganando en 1988, 32.628 pesetas a la semana; habita en vivienda unifamiliar de dos pisos, que deberá ser adaptada; necesitará de por vida una ayuda constante para sus necesidades más elementales. Mientras el Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda, la Audiencia Provincial por diversos conceptos condenó al pago de una cantidad aproximada a los cincuenta y tres millones de pesetas. El TS, en ponencia de Martínez-Calceirrada Gómez, ha estimado el recurso interpuesto por el lesionado, incrementado aquélla suma en treinta millones de pesetas en concepto de daño moral. Decisión plenamente de aprobar (la Audiencia Provincial había concedido una indemnización de siete millones de pesetas por daño moral a la esposa, cantidad que se mantiene por el TS). Con acierto expresa el FD 7.º que «en los casos generales en los que el accidente o lesión corporal ocasiona a su víctima los quebrantos propios de su proceso de curación tras cuya superación el lesionado queda indemne o sin tara alguna, que es lo que suele suceder en la mayoría de los casos, entonces el resarcimiento de los daños y perjuicios declarado ha de absorber o embeber a aquel daño moral, que por ello, será irrelevante a los fines de su autonomía indemnizatoria». El presente caso no puede incluirse en la regla general y resulta equitativo tener en cuenta otro concepto indemnizatorio, a saber el del daño moral sufrido por la víctima de tan graves lesiones. ¿Será difícil imaginar el comentario del matrimonio perjudicado cuando reciba definitiva satisfacción económica al cabo de casi catorce años de realizar su accidentado viaje vacacional a España? (G. G. C.)

61. Culpa extracontractual: responsabilidad del médico y del centro de salud: doctrina general.—Para que pueda surgir la responsabilidad del

personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del 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 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.

Servicios de urgencia prestados a bebé de dos meses por médico no pediatra.—Aun cuando la demandada que atendió al niño no fuera pediatra, de los hechos declarados probados se desprende que tanto el diagnóstico como el tratamiento prescrito fueron los adecuados en función de los síntomas que el paciente presentaba, que la madre actora califica de un *cierto malestar*, y que se correspondían con los propios de un resfriado común, que desaconsejaban la radiografía de tórax al tratarse de un lactante, y, sobre todo, que no empeoraron durante los tres días transcurridos entre la consulta y el fallecimiento del niño, hasta el punto de quedar falto de prueba el nexo causal entre servicio sanitario y resultado dañoso, ya que tampoco se ha determinado con certeza el origen de la insuficiencia respiratoria causante de la muerte. Ni el hecho de la sustitución ni la falta de especialización sirve para justificar la aplicación del artículo 1902 CC, sea a la médico actuante, sea al médico titular encargado del servicio pediátrico.

Falta de información.—Queda acreditado que la madre quedó enterada del diagnóstico y del tratamiento prescrito a su hijo, como establece el artículo 10.5 de la Ley de Sanidad, precepto que en su apartado 6 impone el consentimiento escrito del usuario para el caso de *cualquier intervención*, pero no para tratamientos como el presente; como declara la STS de 13 de abril de 1999, que ante una enfermedad adecuadamente tratada y que, como tal enfermedad, no precisa internamiento hospitalario, no puede forzarse la valoración hasta límites superiores a lo razonable y no puede llegar a exigirse una actuación desproporcionada al hecho de una enfermedad adecuadamente diagnosticada y tratada. (STS de 5 de febrero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—En el FD 6.º se incluye una nota de humanidad: «el motivo así planteado transmite el tremendo desgarró que una madre siente ante la pérdida repentina de un hijo, seguramente el drama humano más difícilmente soportable, así como la anhelante búsqueda de una explicación que al cabo del tiempo pueda aportar, aunque sea en una medida mínima, alguna tranquilidad de ánimo, sentimientos de la recurrente que merecen toda la comprensión y el más absoluto respeto» (Pte.: Marín Castán). En realidad, la demanda había sido desestimada, con plena justificación, en ambas instancias. (G. G. C.)

62. Culpa extracontractual: reponsabilidad por alta médica precipitada: corrección de hernia de disco: prescripción: dies a quo.—Es muy reiterada la jurisprudencia de esta Sala según la cual cuando el daño indemnizable consiste en lesiones físicas y secuelas derivadas de las mismas, el plazo de prescripción comienza desde que se conoce el alcance de tales secuelas por alta médica definitiva, o, dicho de otro modo, desde que es posible cono-

cer la verdadera importancia o envergadura del daño sufrido; en el presente caso se está imputando la precipitación en el alta tras la operación de hernia discal, pese a los fortísimos dolores que padecía la actora, la falta de diagnóstico o detección de la cistitis bacteriana que los provocaba y, en fin, los padecimientos que hubo de soportar hasta que fue dada otra vez de alta, con las secuelas consiguientes.

Motivación de las sentencias.—Aunque la sentencia impugnada no puede considerarse precisamente modélica en este punto, sin embargo, cumple tal deber de motivación al estructurarse en encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo, y trata en sus fundamentos tanto de la prueba de los hechos controvertidos como de la responsabilidad de la recurrente en el daño sufrido por la actora, consistente en que, tras la intervención quirúrgica de hernia de disco practicada de acuerdo con la técnica adecuada, no se trató adecuadamente a la paciente cuando, luego de una evolución inicialmente favorable, comenzó a mostrar las molestias postquirúrgicas que resultaron ser debidas a la cistitis contraída como consecuencia de la intervención, lo que constituye un *descuido* ante una enfermedad o infección hospitalaria que tuvo consecuencias degenerativas importantes.

Responsabilidad del médico neuro-cirujano y del Servicio Autónomo de Salud.—En el recurso de ambas partes condenadas se admite implícitamente que la cistitis no se diagnosticó, pese a ser enfermedad diagnosticable y tratable, existiendo relación de causalidad entre tal omisión y las consecuencias sobre la salud de la demandante, porque responde a la lógica que el padecimiento de una infección en la zona intervenida, durante dos meses y sin diagnóstico ni tratamiento adecuado, agrave considerablemente el estado de quien fue sometido a la intervención, siendo otros médicos privados los que diagnosticaron y trataron adecuadamente a la enferma.

Cuantía de la indemnización.—Queda al margen de la revisión casacional, tanto la fijación del *quantum* indemnizatorio como la apreciación del daño moral; en el presente caso han sido indudables los padecimientos físicos de quien, como la actora, se sometió a una intervención correctora de sus dolores de espalda, y, sin embargo, contrajo una infección que, al prolongarse en el tiempo, agravó esos dolores, así como el daño moral de quien, siendo concertista de piano, se vió ya impedida para seguir siéndolo, por más que todavía pueda ser capaz de alguna actividad limitada dentro de su dedicación profesional al piano. (STS de 20 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Reclamados ciento sesenta millones de pesetas en concepto de indemnización, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, mientras que la Audiencia Provincial otorgó setenta y dos millones, cuantía que ha quedado firme al desestimarse el recurso de casación en ajustada sentencia de la que ha sido Ponente el señor Marín Castán. La casi total incapacidad permanente para ejercitar la profesión de pianista como secuela de la intervención, justifica razonablemente, a mi juicio, la elevada cuantía de la indemnización fijada. (G. G. C.)

63. Omisión en la sentencia de declaración de hechos probados: no es obligatorio en la jurisdicción civil.—Del apartado 3.º del artículo 248 LOPJ se desprende que dicho precepto no llega a establecer, como exigencia general para toda clase de sentencias, la expresión en párrafo o párrafos separados de los hechos que el Juez o Tribunal considere probados, sien-

do únicamente las leyes de enjuiciamiento criminal y de procedimiento laboral las que imponen tal obligación, lo que no ocurre ni en la Ley de enjuiciamiento civil, ni en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Fallecimiento por diagnóstico erróneo: paciente ingresado en urgencias: falta de diligencia del médico.—La Médico de urgencias no sólo valoró inadecuadamente el hecho de que el paciente no experimentara mejoría ante la acción del fármaco que le había suministrado, sino que además omitió poner este dato en relación con el carácter opresivo del dolor, ya constatado en el primer ingreso, con la localización en la zona precordial que había apreciado en la segunda consulta, así como con el acompañamiento de sudoración, síntomas todos que junto con la persistencia del proceso doloroso debieron haberle aconsejado hacer algo más efectivo que prescribir un analgésico y remitirle por segunda vez a su domicilio. Además, dado el elevado índice de mortalidad que se registra en accidentes cardiovasculares, debe exigirse a la médico del Servicio de urgencias la adopción de la especial diligencia que reclamaban las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo cual comporta la prolongación de la observación del paciente, a fin de comprobar la evolución de su dolencia y poder adoptar los remedios que se mostraran necesarios, a título de ejemplo, recabar la colaboración del Servicio de Cardiología.

Responsabilidad del centro hospitalario.—Sin imponer la inversión de la carga de la prueba, es lo cierto que el centro es el que dispone de facilidad para aportar las pruebas acerca de la diligencia y normalidad en el funcionamiento de sus servicios, y, en este caso, la de carácter documental que podía acreditar la realización de los electrocardiogramas aludidos a lo largo del proceso. En el presente caso la obligación de medios que recae sobre el personal médico no ha sido debidamente observada, al haberse omitido algunos de sencilla realización y presentarse como dudosa la práctica de otros, o, al menos, su correcta calificación. Resultado de todo ello es que no puede calificarse de diligente y adecuado a la función que debe desarrollar un servicio de salud, el hecho de que por dos veces consecutivas fuera remitido un enfermo a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, mientras que su sintomatología, analizada con mayor detenimiento, o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como se evidenció *a posteriori* al cabo de tres horas de producirse el tercer ingreso, en situación de parada cardio-respiratoria y estado de coma profundo, produciéndose el fallecimiento veinte días más tarde. (STS de 6 de febrero de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Sr. Romero Lorenzo) en la que resulta difícil calificar de más increíble, si la actuación del Servicio de urgencias que ante un cuadro grave manda dos veces a su casa al paciente, recetándole analgésicos (a la tercera fue la vencida ...), o las sentencias absolutorias recaídas en ambas instancias. La prueba decisiva ha sido el informe emitido por el Forense en segunda instancia, si bien el TS lo valora con libertad de criterio y se aparta en puntos esenciales de sus conclusiones, interpretándolo de forma que deduce la negligencia de la médico y del Servicio. Hay unos electrocardiogramas «fantasmas» cuya realización no consigue probarse, omisión que se imputa razonablemente al Servicio Autónomo de Salud. Me parece acertado invocar además la elevada incidencia de las enfermedades cardiovasculares —y la mayor sensibilidad social que ello supone—, para reforzar el deber de diligencia de la médico que atendió al paciente en urgencias. Sentencia plenamente de acep-

tar. Manteniendo la responsabilidad médica en el ámbito de la culpa, y considerando como de medios la obligación asumida por los profesionales de la salud, parece justo declararla en el presente caso, tanto en relación con la médico como con el Servicio Autónomo de la Salud. El TS condena al pago de la indemnización solicitada, de dieciocho millones de pesetas, que no parece excesiva. (G. G. C.)

64. Culpa médica: encuadramiento jurídico del consentimiento informado.—El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia; es derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo. Se regula en la Ley general de sanidad, y en el Convenio internacional para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE, formando parte de la actuación sanitaria practicada con seres humanos libres y autónomos.

Prueba: cambio jurisprudencial.—Es cierto que, inicialmente, la Sala 1.^a había sostenido que la carga de la prueba del consentimiento informado competía al actor, y así se mantuvo en STS de 12 de junio de 1992. Pero tal doctrina ha sido abandonada, y así la STS de 16 de octubre de 1998 mantiene paladinamente que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba, y al centro hospitalario; en el mismo sentido la STS de 28 de diciembre de 1998, la hace recaer sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba; igualmente la STS de 19 de abril de 1999, y la STS de 7 de marzo de 2000, que lo imputa al Servicio Nacional de la Salud. Debiendo observarse que el mismo criterio se mantiene en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social.

Ámbito objetivo de la información: lesión de nervio subsiguiente a intervención en el cuello.—A efectos de la información, poco importa la frecuencia de secuelas, y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si tal complicación es inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia, y ser perfectamente conocida, debió manifestárselo a la enferma.

Deber de información del cirujano.—Según STS de 24 de mayo de 1995, deontológica y legalmente, todo facultativo, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica; y de obtener su consentimiento al efecto, a menos que se presente un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter irreversible. Lo que no es el caso debatido, pues no puede reputarse urgente cuando, previa cita, acude a una consulta privada y no entra en el Servicio de urgencias, sino que se programa la intervención para bastantes días después.

No hay incongruencia.—La pretensión actora era la de una indemnización de treinta millones, en base a una negligente actuación del cirujano; se apoyaba en una pluralidad de actos, desde la falta de información adecuada a la enferma hasta la torpe y defectuosa actuación del demandado en su cometido operatorio. Ambas instancias rechazaron la vulneración de la *lex artis*, pero difieren en que la de primera instancia, reconociendo la ausencia de

información, no la consideró obligada en tal intervención, mientras que la de la Audiencia sí apreció tal omisión y sí la sancionó con una reparación de siete millones de pesetas, notoriamente aminorada de la pretendida en la demanda. No sólo es la falta de información sobre la afectación del nervio sino sobre cualquier otro extremo. En consecuencia, no hay incongruencia. (S de 12 de enero de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. La acción declarativa de dominio debe ejercitarse frente a quien niegue el dominio del actor, sin necesidad de estar en posesión del bien.—La diferencia entre la acción declarativa y reivindicatoria del dominio reside en que la primera puede ejercitarse contra quien niegue al actor su dominio, sin necesidad de estar en posesión de la cosa, pero ello en modo alguno autoriza a convertirla en una especie de acción popular, estando obligados a soportar las molestias del pleito quien caprichosamente designe el propietario y allanarse a la demanda. En autos no se ve la necesidad de demandar a los codemandados absueltos, pues no han negado que los actores sean propietarios de la finca registral 1.879, sólo se han limitado a ser sujetos pasivos de una ejecución sobre la finca registral 4.786 (el señor G. C. y esposa) y a adquirir en subasta judicial la misma (*Banco de Andalucía, S.A.*), que a través de otro adquirente de este último ha llegado a los codemandados hermanos H. G.

El poseedor no se convierte en poseedor de mala fe por el mero requerimiento del propietario, si no va acompañado de pruebas o indicios circunstanciales.—No basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica. Nada de esto se observa en este pleito, más que la accidentada historia en el Registro de la Propiedad de ambas fincas.

El presupuesto de la aplicación de la doctrina de la accesión invertida es que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno.—La doctrina de esta Sala sobre la accesión invertida parte del presupuesto de que se ha construido un edificio parte en terreno propio y parte en ajeno, y que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno. Estas circunstancias son evidentes en el caso litigioso, pues la finca 1.879 tiene noventa y dos metros y quince centímetros cuadrados y la de los constructores más de trescientos metros cuadrados. (STS de 14 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La finca de los actores fue demolida por los propietarios de la finca colindante y sobre el solar se edificó un nuevo edificio. Cuando se estaba realizando la construcción, los actores requirieron a los que la estaban llevando a cabo para que cesaran en su actividad. Se ejercitó posteriormente una demanda contra los actuales y anteriores propietarios, así como frente a la entidad de crédito que se adjudicó en subasta judicial la finca colindante, en reclamación del precio del terreno y de la indemnización por los daños originados por los poseedores de mala fe, en aplicación de la doctrina de la accesión invertida. El Juzgado de Primera Instancia la estimó

íntegramente. Sin embargo, la Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación, absolviendo en la instancia a tres de los codemandados y declarando que la obra se realizó de buena fe. El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por los actores. (L. F. R. S.)

66. Semejanza de la tercería de dominio con la acción declarativa de dominio y diferencia con la acción reivindicatoria.—Una reiterada doctrina emanada de esta Sala ha venido proclamando que si bien la finalidad de la tercería de dominio no es la obtención o la recuperación de los bienes a que se refiere, sino el levantamiento del embargo trabado sobre los mismos (S de 5 de junio de 1989), por lo que no se identifica con la acción reivindicatoria (SS de 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 8 de febrero de 1991), en ella ha de examinarse y resolverse el tema relativo a la titularidad dominical invocada, en la medida en que haya de conducir al alzamiento o no del embargo (S de 15 de abril de 1992) por lo que el tercerista ha de probar inexcusablemente, para el éxito de su pretensión, que es propietario de los bienes que pretende liberar de la traba (SS de 24 de julio de 1992 y 1 de abril de 1993).

Para la calificación del contrato como arrendamiento financiero o compraventa a plazos es irrelevante la cuantía fijada al valor residual.—La cuantía más o menos reducida fijada al valor residual para el caso de que se ejercitase la opción de compra resulta irrelevante en orden a la calificación de un contrato como arrendamiento financiero o compraventa a plazos, según resulta de la doctrina sentada por esta Sala en numerosas resoluciones que expresamente se mencionan en las SS de 1999 a que nos venimos refiriendo, como son las de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998 y 2 de febrero y 15 de junio de 1999. (STS de 12 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de arrendamiento financiero interpuso una tercería de dominio frente a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social y al poseedor de un camión, solicitando se alzase el embargo trabado sobre dicho bien, por no ser de la propiedad del deudor, sino de la tercerista. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS estimaron la tercería de dominio interpuesta. (L. F. R. S.)

67. Para convertir una comunidad ordinaria sobre un edificio en una propiedad horizontal, además del acuerdo de los interesados, es preciso que exista correspondencia entre las cuotas en primera comunidad y en la segunda.—Cierto es que las características estructurales del edificio permitían su división material en tres viviendas independientes de propiedad separada con unos elementos comunes en copropiedad. Pero no menos cierto es que la materialización de esta forma de división pasaba por un acuerdo de los interesados en el que alguno de ellos, con más claridad el demandado-reconviniente, renunciara a una parte de su cuota en beneficio de cada uno de los otros dos a fin de conseguir la necesaria correspondencia entre cuota de cada condómino y cuota de cada vivienda en relación con el edificio.

Necesidad de vender la finca en pública subasta, al no poderse tomar otra decisión al respecto.—Al no ser jurídicamente viable la forma de división contemplada en el párrafo segundo del artículo 401 CC y no haber convenido tampoco los condueños litigantes que el edificio se adjudicase a uno

de ellos indemnizando a los demás, la sentencia recurrida efectivamente infringió dicho artículo y los artículos 404, 406 y 1062, todos del CC, y además sin que tal infracción se tradujera en solución equitativa alguna. (STS de 1 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes eran copropietarios de un edificio de dos plantas, perteneciendo la mitad a las dos demandantes y la otra mitad al demandado, que era tío de aquéllas. El demandado habitaba una de las tres viviendas del edificio. Las sobrinas demandantes instaron un procedimiento solicitando la extinción de la comunidad y la venta del edificio en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. El demandado reconvinó, solicitando que cesara la comunidad, que se le adjudicara en pleno dominio la vivienda en la que habitaba y que se vendieran las otras dos viviendas y se distribuyera proporcionalmente su precio entre los tres copropietarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de adjudicar en pleno dominio al demandado recurrente la vivienda en la que habitaba, ordenar la venta de las otras dos viviendas y que se distribuyera proporcionalmente su precio entre los tres copropietarios, «sin perjuicio que las interesadas puedan constituir el edificio resultante en régimen de propiedad horizontal». El TS admitió el recurso de casación interpuesto por las sobrinas demandantes, coincidiendo con el fallo dictado por el juez de primera instancia. A falta de acuerdo de las partes, no era viable la propiedad horizontal entre las sobrinas, puesto que existía, sobre las dos viviendas en las que podía recaer, un porcentaje en favor del tío, resultante de restar a su cuota del cincuenta por ciento el valor de la vivienda adjudicada, y esa diferencia (un quince por ciento aproximadamente) no estaba representada por la adjudicación de una concreta propiedad separada y, por otra parte, el tío no había renunciado a ese exceso porcentual, por lo que era jurídicamente inviable una propiedad horizontal entre las dos sobrinas. (L. F. R. S.)

68. Doble inmatriculación. Los casos de doble inmatriculación de fincas han de resolverse conforme al Derecho civil puro, prescindiendo de las normas y principios hipotecarios o registrales.—El problema de la doble inmatriculación no está resuelto explícitamente por la Ley Hipotecaria pese a ser una de las patologías del sistema hipotecario español en el que destaca la falta de fiabilidad de las situaciones de hecho de las fincas inscritas. No es suficiente la simple mención que hace el artículo 313 RH a la «declaración del mejor derecho al inmueble».

La doctrina que ha mantenido esta Sala, aunque no con unanimidad pero sí en las últimas sentencias, como las de 30 de noviembre de 1989 y 30 de diciembre de 1993 es la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil. Dice, en este sentido, la primera de estas sentencias: «en el campo del derecho civil, son dos los criterios sentados por la doctrina de esta Sala: a) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil pero, es decir abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales; b) el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación

sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo; ahora bien, del examen de dicha doctrina fácilmente se deduce que la regla general la constituye el primero de los criterios jurisprudenciales, y sólo para ciertos casos en los que concurren circunstancias cuyos particulares será en los que se puede aplicar el segundo criterio; y esto es así por lo simple de la cuestión, puesto que de atenernos a este segundo criterio hubiese bastado que el legislador así lo hubiere sancionado y de no hacerlo lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo, cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales». Y añade la segunda: «esta Sala ha declarado con reiteración (SS, entre otras, de 31 de octubre de 1978, 28 marzo y 16 de mayo de 1980, 12 de mayo de 1983 y 8 de febrero de 1991) que en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme al Derecho civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley de esa materia, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad».

No cabe fundamentar el recurso de casación en la cita de preceptos genéricos y heterogéneos.—Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial de que no cabe en casación la cita, como motivo, de preceptos heterogéneos; las normas de interpretación del negocio jurídico que se citan como infringidas son, incluso, contradictorias: el artículo 1281 CC contiene dos párrafos, el primero sobre el elemento literal de interpretación y el segundo sobre el elemento intencional, al que se refiere también el artículo 1282 CC; el elemento sistemático lo contempla el artículo 1285 CC; el artículo 1286 CC, atinente a la interpretación objetiva, es complementario de las normas anteriores.

Citando sólo las sentencias más recientes, plasman la doctrina de que no cabe la cita de preceptos genéricos y heterogéneos como éstos sobre interpretación del negocio jurídico, amplios y contradictorios, las de 26 de noviembre de 1999, 14 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 2000). (**STS de 18 de diciembre de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Iglesia parroquial y el Ayuntamiento de un pueblo valenciano se disputan la propiedad de un antiguo convento del que fue privada la Iglesia por las leyes desamortizadoras y que en virtud de éstas se atribuyó al Ayuntamiento. En el proceso se pone de manifiesto la existencia de una doble inmatriculación de la finca litigiosa. Ambas sentencias de instancia desestiman la pretensión principal de la parroquia, si bien con fallos no conformes de toda conformidad. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la citada parroquia. (*M. C. B.*)

69. Adquisición a non domino por terceros hipotecarios de buena fe, debida a inexactitudes registrales. La tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, si no se deduce lo contrario de la propia escritura pública.—Dice la S de 29 de mayo de 1997 que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (SS de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984 y 7 de febrero de 1985) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión

material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1462.II CC»; en igual sentido dice la S de 9 de octubre de 1997 que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite éstas en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato». En el caso de autos, de la escritura pública otorgada el 28 de abril de 1989 no se deduce lo contrario respecto de la compradora, acreedora de la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la *traditio* en su proyección de *ficta*, según declara la sentencia de esta Sala y las que en ella se citan». Por su parte la S de 8 de mayo de 1982 afirma que «la S de 16 de febrero de 1970 especificaba que la tradición instrumental o *ficta* posee la misma eficacia que la ocupación material, con lo cual se quiere decir que no es suficiente, como se pretende en el motivo, alegar que existe otro poseedor cuando es este poseedor el que se opone como tal con olvido del conflicto real aquí planteado o de su condición de pretendido titular dominical en pugna con el otro título, fundado en que adquirió las fincas con precedencia, pero con una titulación que, pese a su inscripción registral, está también puesta en duda y discusión en la contienda, precisamente porque su adquisición y tradición real ha sido objetada», y la S de 8 de julio de 1983 dice que «la tradición es no sólo posible en la forma real y directa, sino también en la forma *ficta* que en la de tipo instrumental permite precisamente el párrafo 2.º del citado artículo 1462, a cuyo tenor sobradamente conocido, “cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario”. Lo que evidencia que hasta el otorgamiento de la escritura, que medió en el supuesto examinado y la presunción que el precepto establece, no tiene el carácter de todas las presunciones *iuris tantum* sino que según precisó la jurisprudencia de este TS —especialmente en las SS de 22 de marzo de 1952 y 28 de junio de 1961— sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario; siendo consiguientemente irrelevante lo que digan unos testigos o se manifieste al absolver posiciones por la viuda del comprador respecto a si hubo o no entrega».

La retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública.—El hecho, por tanto, de que el propietario embargado no hubiese hecho entrega de las llaves del inmueble no permite afirmar, como se pretende en el motivo, que los adjudicatarios en la subasta de dicho bien y posteriormente los adquirentes por compra, los actores-recurridos, no hubiesen adquirido el dominio de la finca al concurrir el título y la tradición instrumental, al no constar ni deducirse de la escritura pública de compraventa; la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública ya que frente a él los adquirentes estaban facultados para exigir la acción de cumpli-

miento de la obligación de entrega nacida del contrato o de reclamación de la posesión por su condición de precarista.

En materia de propiedad y derechos reales, la buena fe consiste en la creencia en la titularidad dominical del *tradens* y en la ignorancia de la existencia de vicios que afecten a dicha titularidad.—El concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales y por ende, para la aplicación de la protección de la fe pública registral que reconoce el artículo 34 LH al titular inscrito, ha sido precisado por reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que este requisito consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (por todas, S de 19 de julio de 1989).

La buena fe es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a los juzgadores de instancia.—Declarada por el Tribunal de instancia la buena fe en los adquirentes ahora recurridos, es doctrina reiterada de esta Sala que la buena fe es cuestión de hecho de incumbencia de los juzgadores de instancia, cuya apreciación probatoria procede ser mantenida en casación siempre que no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado (S de 12 de marzo de 1993).

Los preceptos de carácter genérico, como el artículo 1261 CC, no son aptos para fundamentar un recurso de casación.—El motivo segundo se funda en la infracción del artículo 1261 CC. El motivo ha de ser desestimado por ser doctrina reiterada de esta Sala la de que los preceptos de carácter genérico no son aptos para fundar un recurso de casación por el cauce procesal aquí elegido; dice la S de 23 de octubre de 1989, citada por la de 5 de abril de 1993, que «la alegación como infringido de un precepto de carácter genérico como es el artículo 1261 CC, enumerador de los requisitos que han de concurrir para la existencia del contrato sin la invocación precisa y concreta de los artículos de las siguientes secciones que lo desarrollan sustituida en el motivo por la alegación de “los demás que lo desarrollan” sería causa suficiente para la desestimación del motivo», doctrina que provoca la anunciada desestimación del motivo.

El artículo 1473 CC se aplica a los casos de doble venta de una misma cosa por el mismo vendedor, pero no a las situaciones en que hay dos ventas realizadas por vendedores diferentes.—Como dice la S de 8 de mayo de 1982 «ya la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1948 declaró que el artículo 1473 CC requiere un solo vendedor que tenga facultad de disponer de la cosa y diferentes compradores, pero no se refiere al supuesto de dos ventas, realizada la primera por quien podía hacerlo por disponer de la finca que se hallaba en su patrimonio, y la segunda por otras personas que no podían disponer de la cosa por no haber llegado a entrar en el suyo».

La fe pública registral protege a los terceros adquirentes de buena fe que confiaron en los datos del Registro, incluso cuando estos datos sean incorrectos por cualquier razón, caso éste en que se produce una adquisición a *non domino*.—Cualquiera que sea la respuesta casacional que hubiera de darse a estos motivos, la misma carece de trascendencia a los efectos de anular la sentencia aquí recurrida por razón de que los compradores deman-

dantes, don Manuel L. G. y doña María Z. M., son terceros hipotecarios de buena fe, por haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir el dominio e inscribieron su título, respecto de los cuales entra en juego, a su favor, la fe pública registral, al contratar confiados en el contenido del Registro en el momento de su adquisición, sin que les afecte la posible inexactitud de su contenido, cualquiera que sea la causa de la misma, es decir, ya sea porque no han accedido al mismo determinados actos o contratos, ya sea porque, correcta o incorrectamente, han sido erradicados del contenido registral determinados negocios jurídicos a través de la cancelación de las inscripciones que causaron, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por los compradores, quienes no pueden sufrir consecuencias de un actuar negligente ya sea de los particulares que no accedieron oportunamente al Registro, ya del encargado del Registro. Nos encontramos en el caso con una adquisición *a non domino*, manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente, a virtud de esa pretendida incorrecta cancelación de la inscripción de dominio a favor de la recurrente, *COVEN, S.A.* (STS de 22 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un juicio ejecutivo, la finca litigiosa fue embargada en 1984 por *COVEN, S.A.* y el embargo causó la correspondiente anotación preventiva, a lo que siguió un auto de adjudicación de la finca embargada a dicha persona jurídica. En 1989 fue cancelada por caducidad la anotación preventiva de embargo e, inmediatamente después, se anotó también preventivamente un nuevo embargo, en esta ocasión, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por deudas del anterior propietario embargado. En 1990 el Juzgado que había conocido del juicio ejecutivo promovido por *COVEN, S.A.* otorgó a su favor escritura pública de adjudicación de la finca, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad como inscripción 4.^a. Apenas cuatro meses después, y como consecuencia del procedimiento de apremio seguido por la Seguridad Social contra el primer propietario, se otorga escritura pública de adjudicación de la misma finca a favor de dos personas físicas, causando la inscripción 6.^a. Estos adjudicatarios a su vez venden a unas terceras personas que son las que en primera instancia ejercitan una tercera de dominio contra *COVEN, S.A.* para que les entregue la posesión de la finca y reconozca su propiedad libre de toda carga. El caso es que la inscripción de dominio de *COVEN, S.A.* (la 4.^a) había sido cancelada por ser de fecha posterior a la anotación preventiva de embargo a favor de la Seguridad Social, sin que se tuviera en cuenta el anterior auto de adjudicación de la finca de 1985, finalmente elevado a escritura pública en 1990. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación, consideran a los terceristas terceros hipotecarios de buena fe y, por tanto, propietarios, al igual que lo hace el TS cuando declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *COVEN, S.A.* (M. C. B.)

70. Derecho de uso de la vivienda familiar concedido después de la anotación preventiva de embargo de la mitad indivisa del inmueble perteneciente al otro cónyuge.—Con posterioridad al embargo de la mitad indi-

visa de la finca (vivienda familiar) se constituyó judicialmente un derecho de uso sobre la totalidad del inmueble a favor de la propietaria de la otra mitad (en virtud de la sentencia de separación matrimonial). Esta situación resulta subsumible en el párrafo 5.º del artículo 38 LH que regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor. Según ha declarado en otras ocasiones el TS, la norma establecida en el precepto mencionado determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado.

Requisito de buena fe en el ejercicio de los derechos.—La ausencia de buena fe en el ejercicio de los derechos impide ampararse en la presunción de exactitud registral (que en principio se podría invocar como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas) que, de otro modo, evitaría que la adquisición resultase afectada por la concesión del derecho de uso de la vivienda. **(STS de 4 de diciembre de 2000; ha lugar.)**

HECHOS.—L. P. M. y su esposo J. J. L. compartían la propiedad de una casa y el terreno que la rodeaba, que constituía su vivienda familiar. Como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, dicha finca se inscribió en el Registro de la Propiedad a favor de cada uno de los cónyuges por mitades indivisas. Posteriormente, en causa criminal seguida contra el señor J. J. L. por impago de la pensión alimenticia, le fue embargada la mitad indivisa del citado inmueble, se anotó el embargo en el Registro de la Propiedad (con fecha 28 de noviembre de 1991) y se acordó la venta en subasta pública del bien objeto de la traba, adjudicándose el inmueble en tercera subasta a J. J. C. A. (auto de adjudicación de fecha 7 de abril de 1993) amigo de J. J. L. Finalizado el proceso de separación matrimonial de L. P. M. y J. J. L., a la señora P. M. se le reconoce el derecho de uso de la vivienda familiar (S de 26 de enero de 1993). En instancia y en apelación se discute sobre la primacía de los derechos sobre la vivienda del adquirente en subasta pública o de la titular del derecho de uso. *(M. C. P. A.)*

71. Validez de constitución de la hipoteca.—El artículo 1875 CC establece los requisitos para la válida constitución de la hipoteca. No es óbice para ello la denegación de inscripción de una de las estipulaciones, que no equivaldrá a ausencia de inscripción, por lo que el derecho real existirá (FD 2.º).

Procedimiento de ejecución del artículo 131 LH.—El artículo 1880 CC únicamente contiene una remisión, estableciéndose la exigencia al actor de que acompañe con la demanda de ejecución hipotecaria «el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la Ley de enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución». Para proceder a la ejecución hipotecaria es necesaria la comprobación de la existencia, exigencia y liquidez de la deuda, siendo posible que resulte de la existencia de póliza de préstamo, con certificación del saldo intervenido por Corredor de comercio. La acción del artículo 131 LH se clasifica como «acción real que se dirige contra la cosa hipotecada para mediante la realización de su valor hacer efectivo el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (FD 3.º).

La notificación al fiador exigida previa al juicio sumario hipotecario no es aplicable al hipotecante, ya que así se estableció en la STS de 6 de octubre de 1995, «si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador». El requisito fundamental que exige la Ley hipotecaria es el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor de la finca hipotecada.

Distinción entre la inexistencia negocial y la acción revocatoria.—La utilización de expresiones como «con ánimo de fraude» y «en fraude de acreedores» no es indicio suficiente para entender que lo que se plantea es una acción pauliana o revocatoria. La distinción entre ambas acciones no se halla en el ánimo de defraudar, debido a que la simulación puede perseguir este propósito fraudulento. La diferencia estriba en que la simulación consiste en la apariencia de un vínculo jurídico que es inexistente debido a la falsedad o carencia de causa, mientras que en la rescisión el contrato es válido, concurriendo los requisitos esenciales, independientemente de la causa rescisoria. Esto es el motivo de la subsidiariedad jurídica de la rescisión respecto de la nulidad.

Configuración y prueba de la simulación absoluta.—Se crea la apariencia de un contrato, como mero disfraz o apariencia engañosa (*substantia vero nullam*) (SS de 31 de diciembre de 1999 y 27 de noviembre de 2000). Da lugar a la nulidad por carencia de causa. En lo que respecta a la prueba, se posibilita la prueba directa, aunque se ejercita usualmente la actividad presuntiva (SS de 5 de noviembre de 1988 y 27 de noviembre de 2000), consistente en la deducción de la existencia de la simulación, partiendo de hechos previamente fijados (a través de interferencia lógica). Se alcanza una conclusión lógica mediante la interrelación entre los indicios. (STS de 9 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada doña Beatriz C. P. en escritura pública de 31 de julio de 1989 y 8 de octubre de 1990 constituyó sendas hipotecas a favor del *Banco de Alicante* sobre una vivienda. En el procedimiento de ejecución hipotecario, en el que se dictó auto de adjudicación del inmueble hipotecado a favor del Banco, compareció el padre de doña Beatriz, don Pascual C., que manifestó su condición de arrendatario. El Banco presenta demanda solicitando el desalojo por inexistencia del contrato simulado. Por otro lado, se formula reconvencción solicitando la nulidad del proceso judicial sumario del artículo 131 LH, incluso del auto de adjudicación. El contenido de la reconvencción se resume en las siguientes alegaciones: el crédito cuya efectividad es objeto de la ejecución hipotecaria deriva de una póliza de préstamo otorgada el 29 de octubre de 1990; la hipoteca es del 8 de octubre de 1990; y el Registrador de la Propiedad deniega la inscripción que hacía referencia a las obligaciones anteriores a su otorgamiento, limitando la hipoteca a la garantía de las obligaciones futuras, así como denegó la inscripción de la estipulación referida a los supuestos de ejercicio de la acción hipotecaria. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando la inexistencia del contrato de arrendamiento entre los demandados y condena a que se desaloje la vivienda. Se recurre en apelación y la Audiencia Provincial de Alicante desestima el recurso. Se presenta recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Aunque existan SS en contra (véase STS de 26 de abril de 1962), Díez-Picazo y Gullón Ballesteros afirman que el fraude de acreedores no hace ilícita la causa, y por tanto, no nos hallamos

ante un negocio nulo radicalmente, sino rescindible, lo que presupone su validez (*Sistema de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos). La existencia de simulación absoluta caracteriza al negocio de carencia de causa, y por tanto, se considera nulo radicalmente. (P. S. S.)

72. No se incluyen en la hipoteca inmobiliaria los muebles que puedan separarse sin quebranto de la materia.—En el motivo tercero, se denuncia la infracción del artículo 111 LH, respecto de la extensión de la hipoteca inmobiliaria, que debe recaer sobre todos los objetos muebles colocados en la finca hipotecada, argumento éste que es primordial para la decisión del recurso y que ha de ponerse en consonancia con el contenido de la cláusula 3.ª de la hipoteca inmobiliaria de 8 de julio de 1988, cláusula que prácticamente viene a remitir a la sanción del artículo 111 LH (coincidencia, pues, básica entre las repetidas extensión hipotecaria convencional y legal), en el sentido de que la hipoteca inmobiliaria, salvo pacto expreso, no comprenderá los objetos muebles que se hayan colocado permanentemente en la finca hipotecada a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. Es claro, pues, que dicha hipoteca inmobiliaria no se extiende salvo pacto expreso —se repite— a aquellos objetos colocados permanentemente que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, precepto éste que es aplicable en el caso de autos. (STS de 14 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1988, la entidad *Drelok, S.A.* otorgó escritura pública de constitución de hipoteca inmobiliaria a favor de *Agromán*. En dicha escritura se establecía que «la hipoteca se extiende a cuanto determinan los artículos 109, 110 y 111 LH y además con pacto expreso a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de las obligaciones y los objetos muebles colocados en la finca hipotecada y a las nuevas construcciones que pudieran ejecutarse». Con posterioridad a la citada escritura pública, *Drelok, S.A.* instaló en la finca hipotecada una maquinaria llamada «Línea de Extrusión Breda», sobre la que constituyó en 1990 una hipoteca mobiliaria. La acreedora hipotecaria instó un procedimiento declarativo para que se declarase la nulidad de la hipoteca mobiliaria constituida sobre la maquinaria citada, por estimar que ésta se hallaba incluida dentro de los bienes objeto de la hipoteca inmobiliaria constituida en 1988. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia, absolviendo al demandado, por considerar que la maquinaria se colocó en la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca inmobiliaria y era separable del inmueble sin quebranto de la materia. El TS confirmó esta decisión. (L. F. R. S.)

DERECHO DE FAMILIA

73. El juicio de homologación de la sentencia canónica de nulidad matrimonial no debe extenderse a otros pronunciamientos, como el de considerar que el procedimiento supone un abuso del derecho.—No cabe obviar aquella declaración de sentencia canónica ajustada al Derecho del

Estado. Se mantiene en definitiva, lo establecido por esta Sala, en S de 1 de julio de 1994: «la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas dependen exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme, esto es, comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español. Al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley.

Corresponde al juez de la ejecución determinar, según las peticiones de las partes y el ámbito objetivo de la misma ejecutoria, el alcance concreto de los efectos dimanantes del juicio de homologación, sin que se desvirtúen los derivados de sentencias firmes anteriores, dictadas por la jurisdicción civil sobre la crisis matrimonial en cuestión. (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente, después de obtener el divorcio de su esposa, pretendía homologar una posterior sentencia de nulidad matrimonial pronunciada por los tribunales eclesiásticos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que la conducta del demandante suponía un abuso de derecho, pues con la homologación de la sentencia de nulidad pretendía dejar sin efecto la pensión compensatoria que a su cargo se había establecido en el procedimiento de divorcio. El TS dio lugar al recurso de casación, admitiendo la homologación de la sentencia eclesiástica de nulidad, declarando que en nada podía alterar los efectos derivados del procedimiento de divorcio. (L. F. R. S.)

74. Principio de cogestión de los bienes gananciales. No carece de motivación la sentencia en cuya fundamentación no se cita norma o doctrina específica.—El motivo carece totalmente de fundamento. El que no se cite norma o doctrina en apoyo de la argumentación jurídica no significa ausencia de motivación.

Las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones objeto de debate sin que suponga incongruencia la omisión de argumentación respecto de un planteamiento jurídico.—Como es conocido por reiterada doctrina de esta Sala de innecesaria cita cronológica dada su profusión, las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones objeto de debate, y la omisión de argumentación respecto de un planteamiento jurídico supone falta de motivación, que, como también viene reiterando este Tribunal, es un vicio procesal distinto.

Los negocios jurídicos que comprometen el futuro de un inmueble ganancial están sometidos al principio de «cogestión» y son anulables por el cónyuge que no prestó su consentimiento.—El problema jurídico suscitado debe ser resuelto en el sentido de que el negocio de que se trata compromete el futuro de un bien inmueble ganancial y, por consiguiente, está

sujeto al principio de «cogestión» que establece el artículo 1375 CC, en el sentido de que no basta para su plena validez la actuación de uno solo de los cónyuges, sino que se precisa también el consentimiento del otro, de modo que no habiendo intervenido la Sra. A. P. en dicho contrato, ni prestado el consentimiento en forma alguna para tal operación, está facultada para ejercer la acción de nulidad (anulabilidad o impugnabilidad), y al haberlo hecho dentro del plazo legal de cuatro años previsto en el último párrafo del artículo 1301 CC, procede acordar la nulidad solicitada (casando y anulando la sentencia recurrida en los términos que se dirá).

El contrato litigioso es un acto que precisa de la «actuación conjunta» de los cónyuges por afectar gravemente al aprovechamiento de los bienes gananciales.—Esta es la verdadera *ratio decidendi*, el contrato de que se trata, ni en su forma compleja, ni siquiera en sus individualidades o componentes (con su propia autonomía), es subsumible entre los actos que un cónyuge puede realizar con independencia del otro, de tal manera que (salvo que se hubiera dado un supuesto de excepción, que no es el caso) es precisa la «actuación conjunta», además de para los actos de disposición (arts. 1375, 1377 y 1378), para todos aquellos actos de gestión que, aunque puedan considerarse incluibles en administración ordinaria, afecten gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales (S de 7 de marzo de 1996), quedando reducida la posibilidad de la actuación individual, por no regir con carácter necesario el principio de cogestión, a los actos de gestión ordinaria que no afectan a la sustancia de la cosa, sino sólo a la conservación o al aprovechamiento ordinario, y, por supuesto, los normal o habitualmente asignados por su posición gestora en el ámbito económico familiar, que obviamente no concurren en el caso de autos.

El principio de gestión supone la necesidad de que sean ambos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento o representación del otro, quienes contraigan las obligaciones contra la sociedad de gananciales.—Por último, es de señalar que el principio de cogestión supone, como entiende la doctrina dominante, que no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de gestión (como los de disposición), sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (arts. 1367, 1375 y 1377, y 1301 CC).

La declaración judicial de la nulidad del contrato conlleva la aplicación del efecto previsto en el artículo 1303 CC.—El acogimiento de la pretensión de nulidad conlleva el efecto de aplicar la disposición del artículo 1303 CC, que es acogible de oficio y además ha sido postulado por el demandado señor M. S. en el recurso de apelación según consta en el FD 1.º de la resolución recurrida. A falta de más datos para pronunciarse sobre las circunstancias concurrentes debe acordarse de que se reintegre a la comunidad ganancial el objeto arrendado, y que se debe compensar el tiempo en posesión con los importes de rentas correspondientes, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se lleven a cabo las actuaciones procedentes de carácter complementario y liquidatorio para restablecer el justo equilibrio de intereses, en armonía con el principio que veda el enriquecimiento injusto que constituye la regla básica que inspira la doctrina jurisprudencial en la materia. (STS de 14 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Un señor casado en régimen de gananciales, sin contar con el consentimiento de su esposa, concierta con otro un contrato de arrendamiento con opción de compra de un local de negocio pactando una duración inicial de cuatro años prorrogables hasta veinte y sin establecer una contraprestación especial por la concesión del derecho de opción. La esposa demanda a ambos contratantes solicitando la declaración de nulidad del contrato, ya sea por falta de su propio consentimiento, por ausencia de causa o por error en el consentimiento del marido. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato, siendo posteriormente revocada por la Audiencia Provincial. La demandante interpone el recurso de casación y el TS casa la sentencia de apelación y confirma en parte la del Juzgado. (*M. C. B.*)

75. Diferencia entre los supuestos regulados por los artículos 1317 y 1324 CC.—El artículo 1317 CC contempla, constante matrimonio, la posibilidad de sustituir un régimen económico matrimonial por otro, mientras que el artículo 1324 CC viene a regular una relación entre cónyuges con respecto a su patrimonio privativo para probar del uno al otro —irrebatiblemente a través de la confesión de quien de los mismos pueda por ello resultar perjudicado— la condición privativa de uno de ellos de determinados bienes, sin que esto suponga en modo alguno la transmisión que permite el artículo 1323 CC porque no se refiere, como se puede en el caso de éste, a la creación de una nueva situación, sino al reconocimiento de lo que ya era aunque no pareciera como tal.

La modificación del régimen económico no perjudica los derechos adquiridos por terceros.—Cuando esos derechos resulten afectados por la sustitución de régimen económico matrimonial, ese cambio no les perjudicará si tales derechos ya estaban adquiridos en el tiempo de cambio bastando esta doble circunstancia para preservarlos, sin más que la simple alegación de la misma, como han señalado las SS de 13 de junio de 1986 y 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987.

Protección de los herederos forzosos y de los acreedores frente a la confesión de privaticidad.—Aunque entre los esposos es plena la eficacia de la confesión de un cónyuge al respecto, no ocurre así en relación a terceros —los herederos forzosos del confesante, que podrán impugnar el acto por simulado o por perjudicarse con él su legítima, y los acreedores que, basándose en la permanencia de la propiedad en el confesante o en la sociedad de gananciales que pudiera regir entre uno y otro cónyuge, podrían impugnar el acto confesado por ser fraudulento o simplemente simulado— para los que no existe la limitación que supone la exigencia del artículo 1317 CC como la pone de relieve la concesión, sin discriminación para los otros posibles afectados, de la facultad impugnatoria a los herederos forzosos cuya condición legitimadora y de perjuicio irrogado no podrá conocerse hasta que se abra la sucesión del cónyuge confesante del artículo 1324 CC y no menos por los acreedores que hayan surgido y que en la ineficacia de aquel acto tienen el remedio, a falta de otros bienes en que resarcirse, para cobrar sus créditos.

No cabe ejercitar la facultad concedida en el artículo 1317 CC cuando se trata de acreedores posteriores a la fecha de la modificación del régimen económico, aunque éste no se hubiera liquidado aún.—La modificación del régimen económico matrimonial de que tratamos fue producida cuando tales derechos acreedores aún no habían nacido y nada supone a esa

inocuidad la falta, que se dice, de la liquidación material de la sociedad de gananciales sustituida y disuelta por el medio que establece el artículo 1392.4.º CC, pues establecidas, y no controvertido eficazmente, que en esa sociedad no existía ningún bien, la operación ha quedado cerrada con el acto resolutorio y de cambio porque cualquier otra operación posterior al respecto no sería posible, además de ser inútil porque nada añadiría al nuevo estado establecido.

Para que la confesión de privaticidad no tenga eficacia frente a los acreedores del cónyuge confesante, han de probar su falsedad y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes.—Hecha en forma indubitada, esa confesión surte toda su eficacia entre cónyuges y también respecto a terceros siquiera los herederos forzosos del cónyuge confesante pueden impugnar la trascendencia de lo confesado cuando por su falsedad o por su exceso en el contenido económico perjudique sus derechos hereditarios y pueden impugnarla los acreedores en razón de una propiedad que no haya dejado de ser lo que por confesión se dice que ha cambiado y sobre la que, por lo mismo, pueden pretender realizar sus créditos siquiera para ello han de probar la falsedad de aquella confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes, pues de otro modo, dado el tiempo posterior del nacimiento de sus créditos, han de pasar por lo que resulte de la confesión hecha de privaticidad.

Al haberse realizado la confesión de privaticidad antes de que el confesante contrajera la obligación, el acreedor carece de la posibilidad de considerar que el bien es ganancial.—Confesada la adquisición de la finca litigiosa como privativa de la demandante, desde la fecha misma de su adquisición por compra —ya que la confesión del esposo constituye acto probatorio de lo que ya era y no traslativo del derecho a que se refiere— la anterioridad del derecho de propiedad, tanto si se toma en cuenta el momento de su adquisición como el de confesión de su cualidad, es manifiesta y no comporta presunción de fraude para con el derecho acreedor que pretende realizar la entidad recurrida aun habiendo logrado su embargo y anotación sobre bien no perteneciente a su deudor, lo que justifica la acción de tercería de dominio en aras de lo dispuesto en el artículo 1532 LEC al acreditarse el dominio, no contradicho eficazmente, de la tercerista. (STS de 15 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El marido adquirió un inmueble en 1988, sin hacer constar la procedencia del dinero. En el año 1990, los cónyuges otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, en la que modificaron su régimen económico, pasando a regirse por el de separación de bienes. En dicha escritura, el marido confesó que el bien adquirido en 1988 era de la exclusiva pertenencia de su esposa. Las capitulaciones tuvieron acceso al Registro civil el mismo año en que fueron otorgadas. En el año 1991, el marido contrajo una deuda, a raíz de cuyo impago fue embargada la finca adquirida en 1988. La esposa interpuso una tercería de dominio, alegando que la finca era de su exclusiva pertenencia. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron parcialmente la demanda, declarando el alzamiento del embargo sobre la mitad indivisa de la finca. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la tercerista, basándose en la anterioridad de la confesión respecto del crédito a favor del acreedor. (L. F. R. S.)

76. Acción declarativa de derechos de uno de los miembros de una unión de hecho. La convivencia *more uxorio* no genera por sí sola una comunidad de bienes entre los convivientes, sino que es preciso que sus declaraciones de voluntad o sus *facta concludentia* indiquen la voluntad de los miembros de la unión paramatrimonial de constituir éste u otro tipo de comunidad.—Dice la S de esta Sala de 21 de octubre de 1992, citada por extenso en la de 23 de julio de 1998 que «esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquiera otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho»; doctrina que reitera la S de 27 de mayo de 1998 según la cual «del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes».

El artículo 1218 CC otorga fuerza probatoria al hecho que motiva el otorgamiento de un documento público y a su fecha, pero no a la verdad intrínseca de las declaraciones hechas por los particulares ante el Notario, que pueden desvirtuarse mediante prueba en contrario.—Es cierto que la fuerza probatoria que el artículo 1218 CC atribuye a los documentos públicos se extiende, exclusivamente, al hecho que motiva su otorgamiento, en el caso de la referida escritura pública de compraventa y a su fecha, así como al hecho de que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones ante el Notario, pero no se refiere a la verdad intrínseca de esas declaraciones que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario, si bien, en tanto no sean desvirtuadas esas declaraciones a través de pruebas documentales o de otra clase, las mismas surten plenos efectos y afectan, incluso, a los terceros. En el presente caso, no existe prueba alguna que desvirtúe el contenido de la referida escritura pública en cuanto de la misma resulta ser comprador del repetido inmueble don Alonso A. M. quien, mientras vivió, satisfizo los plazos que se iban cumpliendo con cargo a los fondos de su propiedad depositados en la cuenta bancaria a cargo de la cual se hicieron efectivas las letras de cambio por él aceptadas.

La titularidad única de la cuenta corriente determina la titularidad de los fondos depositados en ella, salvo prueba en contrario.—Como resulta indiscutido, la cuenta bancaria en la que se cargaron las repetidas letras estaba abierta, exclusivamente, a nombre de don Alonso A. M. por lo que cualquiera que sea el contrato subyacente (depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, descuento de letras, etc.) que determinó la aportación de fondos a la cuenta, su titularidad corresponde a la persona a cuyo nombre ha sido

aperturada la cuenta, por lo que, tratándose de una cuenta unipersonal, quien afirme que tales fondos le pertenecen en todo o en parte ha de aportar la prueba suficiente de que tal cuenta se ha nutrido con fondos de su propiedad, prueba que en este caso no se da por parte de la señora P.

El pago de unas letras de cambio aceptadas por el ya fallecido, realizado tras la muerte de éste por quien convivía con él *more uxorio*, es un pago por tercero.—Comportando la estimación de los cuatro motivos del recurso la inexistencia de titularidad dominical proindiviso a favor de la actora, ha de aplicarse a los pagos realizados por ésta, una vez fallecido el señor A. M., lo dispuesto en el invocado artículo 1158 CC, con lo cual procede la estimación de este quinto y último motivo. (STS de 22 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante en primera instancia convivía *more uxorio* con un señor que falleció, dejando una hija de un matrimonio previo. Ambos miembros de la pareja vivían en un chalet, del que figuraba como único propietario el fallecido, que había aceptado varias letras para el pago del mismo, algunas de las cuales fueron pagadas por la demandante tras la muerte de aquél. La conviviente superviviente reclama el reconocimiento de su condición de copropietaria de los bienes que, según ella, tenía en comunidad con su compañero. El Juzgado desestima su demanda y la sentencia es revocada por la de apelación. La hija del fallecido interpone el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (M. C. B.)

77. Derecho de alimentos de los hijos mayores de edad. El artículo 93.II CC puede aplicarse analógicamente para determinar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad habidos en el seno de una unión de hecho.—Se plantea en primer lugar la legitimación procesal activa de dichos hijos en el ámbito de este procedimiento, para lo que hay que tener en cuenta que el Juez de la instancia, a medio de providencia, dispuso que los dos hijos mayores efectuasen comparecencia en los autos a fin de otorgar representación a favor de uno de los progenitores, lo que cumplieron concediéndosela a la madre, por lo que no se trata de legitimación activa fundada en representación voluntaria ni por sustitución, sino que más bien la ratificación procesal de los hijos mayores es determinante de su coadyuvancia procesal delegante en proyección suficiente de su legitimación activa para demandar a través de su madre los alimentos que ésta postuló en la reconvenición implícita que planteó y de los que los hijos son los efectivos titulares. Refuerza la legitimación de la progenitora el interés legítimo que le asiste frente al otro progenitor no conviviente con los hijos interesados que alcanzaron mayoría de edad.

Por lo expuesto, y en atención al artículo 93.II CC no se hace necesario acudir a otro proceso declarativo, en lo que se equivoca la sentencia recurrida, ya que dicho precepto cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39.3 CE, en relación al 108 CC. El deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos.

No se puede dejar de lado la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que destaca que el derecho de los hijos a la prestación alimenticia subsiste después de la mayoría de edad, si permanece la

situación de necesidad no imputable al alimentado y llega a la conclusión de que en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder *apud acta* al progenitor y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos.

Recientemente esta Sala ha dictado la S de 24 de abril del año en curso, en la que declara, que del artículo 93.II CC emerge un indudable interés del progenitor con el que conviven los hijos matrimoniales mayores de edad necesitados de alimentos, pero por analogía justificada cabe aplicar al supuesto que nos ocupa, toda vez que «el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo, CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores». (STS de 30 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Los miembros de una pareja de hecho, con dos hijos mayores de edad y una hija menor, deciden poner fin a su relación afectiva. El padre, que inicialmente se había quedado en el domicilio familiar en compañía de los hijos, solicita del Juzgado que se le ratifique en la guardia y custodia de la hija menor y en el disfrute de la vivienda familiar junto con los hijos comunes, así como que la madre satisfaga una pensión de cien mil pesetas mensuales en concepto de contribución a las cargas de la familia. La demandada reconviene solicitando por su parte: la guardia y custodia de la hija menor, el uso de la vivienda familiar para ella y sus hijos, una pensión alimenticia de cincuenta mil pesetas para la hija menor y una contribución para los hijos mayores igual a la que hasta entonces venía satisfaciendo el padre, hasta dos años después de que aquéllos hayan terminado sus estudios para que logren su independencia económica y, finalmente, una cantidad para ella en concepto de litis expensas. La sentencia de primera instancia acoge principalmente la demanda de la madre, a la que concede el uso de la vivienda y del ajuar doméstico y la guardia y custodia de la hija menor, en tanto que impone al padre la satisfacción de una pensión alimenticia de treinta y cinco mil pesetas por cada hijo, señalando que la de los mayores de edad se extinguirá en todo caso a los veintisiete años. Apelada la sentencia por el actor, la Audiencia Provincial la revoca en parte, eliminando la pensión establecida a favor de los hijos mayores de edad, que podrían por su parte incoar el oportuno juicio de alimentos contra su padre. La madre interpone el recurso de casación al que el TS declara haber lugar.

NOTA.—La única cuestión que se debate en la sentencia de casación es la de la procedencia de que se condene al padre de dos hijos mayores de edad a satisfacer una pensión alimenticia dándose la circunstancia de que ha sido solicitada por la madre y no en un juicio de alimentos, ni tampoco en el seno de un procedimiento de separación, nulidad o divorcio. El TS accede a las pretensiones de la demandante aplicando por analogía —puesto que los progenitores no estaban casados, sino unidos de hecho— la norma contenida en el

artículo 93.II CC. A nuestro modo de ver la decisión del Alto Tribunal no resulta acertada. Y es que si ya planteaba numerosos problemas la justificación jurídica de que a la hora de reclamar los alimentos una persona —la madre— sustituyera a otra —el hijo—, siendo este último mayor de edad y titular del derecho sustantivo, mucho más difícil de justificar resulta ahora la aplicación por analogía de una norma como es el artículo 93.II CC, de carácter excepcional. Puede entenderse que los vacíos de regulación jurídica de las uniones no matrimoniales (vacíos cada vez menores en nuestro país dada la profusión de leyes autonómicas en la materia) generen ciertos perjuicios para los hijos menores de edad y que para su protección se apliquen análogamente las medidas propias de los procesos matrimoniales, pero lo que carece de todo sentido es ese ultraproteccionismo de personas mayores de edad, a las que se considera perfectamente capacitadas para todos los actos importantes de su vida, y a las que pese a ello sus madres o padres parecen tener que asistir en todo momento, al menos ante los Tribunales de justicia. No deja de resultar paradójico que un hijo mayor de edad deba defenderse o reclamar sus derechos por sí mismo cuando la contraparte es una persona más o menos ajena a su círculo familiar y que, sin embargo, haya de ampararle uno de sus progenitores cuando la contraparte es el otro progenitor. En nuestra opinión, tanto si los padres están casados como si no, lo procedente e incluso lo más beneficioso para el hijo mayor de edad es proceder por su parte a reclamar los alimentos en el pertinente juicio al respecto. Para terminar con esta breve nota, quisiéramos dejar en el aire una reflexión: con resoluciones como ésta, ¿qué necesidad hay de legislar en materia de parejas de hecho? ¿No están procediendo nuestros tribunales a una equiparación cada vez mayor y a todos los efectos entre el matrimonio y la llamada «unión libre»? Aunque ya puestos, pensamos nosotros que la equiparación debería también alcanzar a los deberes derivados del matrimonio, y no únicamente a los derechos que éste pueda dispensar. (M. C. B.)

78. La apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no puede impugnarse en casación. Dicha prueba, unida a la negativa a la prueba biológica, conduce a la declaración de la filiación extramatrimonial de la hija con respecto al actor.—El motivo parece inexcusablemente por no respetar las reglas casacionales, por olvidar, lamentablemente, que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no impugnabile en casación y menos aún por la vía indirecta de la presunción que aparece limitada a dicho medio probatorio. Efectivamente, los artículos 1248 CC y 659 LEC no contienen reglas de valoración probatoria.

Mas desde la perspectiva de la presunción, la instancia ha declarado probados, como hechos base, por diversos testimonios, que el actor trabajó en la localidad de Molina de Aragón para don Laureano Z. en los años 1987 y 1988 que le presentó a doña María del Carmen H. A., como una amiga. Asimismo que don Mariano V. R. les arrendó la casa y que durante todo el tiempo vivió en ella en convivencia con el actor, la demandada, hoy recurrente. Si a ello se une que la citada doña María del Carmen H. A., en la extemporánea inscripción de su hija, señaló como padre al actor, lo que además tiene reconocido en la prueba de confesión, aunque pretenda desvirtuar tal expresivo dato fác-

tico con explicaciones o razones que se contradicen frontalmente con su afirmación de que tuviera relaciones con otros hombres. Todo ello se une en una concatenación lógica con la manifiesta oposición a la realización de la prueba biológica, por lo que la conclusión no puede ser otra que la establecida en ambas sentencias de instancia, conformes de toda conformidad. La infundada negativa a la práctica de la prueba biológica, en unión de los datos acreditados por la prueba, ya señalados, conducen a estimar la realidad de la filiación extramatrimonial pretendida, según las reglas de la lógica, la experiencia y del buen sentido.

La negativa a someter a la hija a la prueba biológica no supone por sí sola una *ficta confessio*, pero sí supone una base suficiente para determinar la filiación cuando se la une a otros datos acreditados en el proceso.—Fuera de toda ortodoxia casacional, el motivo añade que, aunque se admitiera a efectos meramente dialécticos que hubo una negativa de la demandada a someter a su hija Sheila a pruebas biológicas, no puede por sí sola constituir una *ficta confessio* y ello es cierto. La negativa cobra virtualidad en relación con los otros elementos fácticos acreditados en el proceso y supone una base suficiente para que el Tribunal establezca el preciso nexo causal para llegar a la conclusión sobre la filiación o paternidad reclamada y no suponiendo tal actividad una actuación arbitraria, sino el legítimo juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, se pasa de quedar reducido a la inacción o un resultado problemático, como señaló el auto del TC 103/1990, de 9 de marzo, en recurso de amparo 1285/1988—. Por ello, aunque se ha negado por el propio TC que tal negativa suponga una *ficta confessio* —auto 276/1996, de 2 de octubre, en recurso de amparo 4493/1995— se trata, como sigue diciendo el TC en su S 95/1999, de 31 de mayo, en recurso de amparo 1167/1995 —BOE de 29 de junio de 1999— de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la discutida generación en el pleito; su negativa junto con el resto de los fundamentos fácticos acreditados permite llegar a la conclusión de la determinación de la filiación. Esta Sala se ha manifestado en tal sentido, comenzando por la de 27 de junio de 1987 hasta la de 29 de marzo de 2000 en un largo muestrario de sentencias al respecto cuya cita resultaría innecesaria.

La toxicomanía del padre demandante del reconocimiento de su paternidad no afecta a esta declaración por más que sí pueda influir sobre la patria potestad o el régimen de visitas de la menor.—En lo demás, una cosa es la declaración de una paternidad y otra distinta, la relación y convivencia con el progenitor. La demandada sustenta también su oposición en la toxicomanía que afecta al actor, lo cual afectaría al bien de la niña. Mas a ello dio ya respuesta condigna la resolución de primer grado, de que ha quedado acreditado en el proceso de su desintoxicación y ello no afecta a la declaración en sí, o sea a la constatación de una realidad biológica, de tratarse realmente de la paternidad de tal niña, sino a la determinación de la patria potestad y visitas y demás que deben ser concertadas en el período de ejecución de sentencia.

La posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, que reconoce voluntariamente al hijo y se comporta como tal padre.—Como ya ha señalado esta Sala en su añaña S de 26 de junio de 1903, la posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y

espontáneo. Pues bien, ello ha acontecido aquí y si no se ha prolongado más en el tiempo ha sido por la situación de deshabitación (*sic*) a las drogas del demandante y a la abierta oposición de la madre de la menor. Pero ello es más que suficiente para estimar acreditada y demostrada tal posesión de estado. (STS de 24 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras varios años de convivencia entre sus progenitores, nace una niña que es inscrita en el Registro Civil con los apellidos de su madre, aunque ésta hace constar el nombre del padre de la criatura. Después del nacimiento, los padres continúan conviviendo casi dos años más, pero finalmente la madre vuelve con su familia de origen llevándose a la niña consigo e impidiendo al padre de ésta toda relación con ella. El padre ejercita acción de declaración de paternidad y, con la oposición de la madre, ambas sentencias de instancia reconocen la filiación paterna de la hija. La madre recurre en casación ante el TS que declara no haber lugar al recurso. (*M. C. B.*)

79. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad no constituye por sí sola una *ficta confessio*, pero permite la declaración de la paternidad si se la pone en relación con otras pruebas, siquiera sean indiciarias.— La negativa injustificada del demandado en el proceso en que se ejerce la acción de investigación de la paternidad, a la práctica de la prueba biológica que ha sido ordenada en el presente caso tanto por el Juez de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, ha sido valorada reiteradamente por esta Sala llegando a la formación de una doctrina perfectamente consolidada, que afirma que no es base para suponer una *ficta confessio*, pero que, puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma así, S de 22 de mayo de 2000 que recoge esta doctrina jurisprudencial.

Doctrina que coincide con la emanada del TC, cuya S 7/1994, de 17 de enero, dice: «*es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, en esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación*». Doctrina que ha sido reiterada por la posterior S 95/1999, de 31 de mayo. (STS de 22 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de dos niños gemelos ejercita la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial contra el padre de los mismos. El demandado se niega a someterse a la prueba biológica correspondiente y obtiene una sentencia absolutoria en primera instancia. La Audiencia Provincial revoca la resolución y declara la paternidad con la oposición del demandado, que interpone el recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

80. La intervención tardía del Ministerio Fiscal en un proceso de reclamación de paternidad subsana la omisión producida.—Como declararon al respecto las SS de 19 de junio de 1986 y 6 de febrero de 1991, cuando aunque tardíamente se incorpora al proceso el Ministerio Fiscal, dando por subsanada la omisión que de él se había producido en un principio, basta por tener cumplida la exigencia dimanante del artículo 3, núm. 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, que le asigna el cometido de «tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil», advertida la falta del Ministerio Fiscal, una vez traído al proceso y con su intervención, queda subsanada la omisión producida. (STS de 12 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En un procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, la demandante pidió la realización de pruebas biológicas y el demandado no alegó nada al respecto. Cuando se practicaron dichas pruebas, en diligencias para mejor proveer, el demandado las criticó, poniéndolas en cuestión. Posteriormente, en el recurso de apelación, el demandado propuso nuevas pruebas biológicas, que fueron desestimadas, puesto que el demandado no fue quien las propuso en la primera instancia. En el recurso de casación, el demandado recurrente alegaba que la tardía intervención en el proceso del Ministerio Fiscal le había producido indefensión, por lo que solicitaba la nulidad de las actuaciones; también solicitaba esa medida por la negativa de la Audiencia Provincial a realizar las pruebas biológicas solicitadas en el recurso de apelación; finalmente, alegaba la *exceptio plurium concubentium stricto sensu*, basándose en la contestación de un testigo a una repregunta, en la que reconocía que no podía asegurar que el embarazo de la demandante fuese exclusivamente por relaciones con su novio. Todos los órganos judiciales admitieron la demanda y declararon la paternidad del demandado. (L. F. R. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

81. Falta de prueba de la insania mental del testador.—La insania mental, dice la S de 8 de junio de 1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas así como los datos hospitalarios.

La aseveración del notario respecto a la capacidad del testador tiene valor de presunción *iuris tantum*.—En cuanto a la aseveración del Notario

respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (SS de 23 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1998), pudiendo, al conformar presunción *iuris tantum*, ser combatida por prueba suficiente y eficiente [S de 19 de septiembre de 1998, que cita las de 26 de septiembre de 1988, 13 de marzo de 1990 (*sic*), 24 de julio de 1995 y 27 de noviembre de 1995]; pruebas, que siendo de cuenta de las demandantes, no han aportado a los autos, llevando a cabo valoración propia e interesada.

El hecho de que firme un testigo por el testador no desvirtúa que éste se encuentre incapacitado.—Tal manifestación notarial no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que al final del documento se haga constar: «siguen las firmas de don Avelino S. G. y la de los testigos», ya que evidentemente y resulta fácil de entender, se está refiriendo a la firma que estampó el testigo instrumental por el otorgante, conforme autoriza el artículo 695 CC, vigente al tiempo de los hechos. (STS de 15 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El causante recibió el alta hospitalaria, aunque en estado terminal, trasladándose al domicilio de la demandada. A los pocos días, otorgó testamento en el domicilio referido, instituyendo heredera única y universal a la demandada y revocando el testamento que había otorgado anteriormente en favor de sus sobrinas. El testador falleció a los cuatro días de haber otorgado el último testamento. Las sobrinas interpusieron un juicio declarativo contra la heredera, basándose en la incapacidad de testar del causante. En el procedimiento se realizó una prueba pericial, consistente en un informe emitido por un especialista en medicina interna, que no examinó directa y personalmente al testador, en el que sospechaba y suponía que éste no se hallaba en estado mental para otorgar testamento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, desestimando la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

82. Usucapión extraordinaria de los bienes de la herencia. La imprescriptibilidad de la acción de partición de la herencia entre coherederos requiere una posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios, pero no cabe invocarla cuando uno solo de los herederos ha cumplido los requisitos para adquirir toda la herencia por usucapión.—La imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios (aparte de otras, SSTS de 15 de abril de 1904, 6 de julio de 1917, 4 de abril de 1960, 13 de octubre de 1966 y 7 de febrero de 1997).

Salvo en circunstancias singulares, no cabe sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación, al no ser la casación una tercera instancia.—La recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, sin embargo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es

inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia. (STS de 29 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1923 fallece un señor que deja un hijo extramatrimonial y una hija matrimonial que, desde entonces posee en exclusiva todos los bienes de su padre. Cincuenta años más tarde, y tras promover los herederos del hijo extramatrimonial el correspondiente juicio de testamentaría solicitando la partición de la herencia, los hijos de la hija matrimonial incoan un juicio declarativo contra los anteriores solicitando del Juzgado que dicte una sentencia que estime hecha con anterioridad la partición, por ser única heredera conforme a la legislación entonces vigente la hija matrimonial del causante (madre de los demandantes), y en todo caso, que estime la prescripción del derecho de los demandados a solicitar la partición de la herencia. Los demandados reconviene y el Juzgado desestima íntegramente la demanda y acoge íntegramente la reconvección, condenando a los demandantes a realizar con los demandados la partición de la herencia. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y declara no haber lugar a la práctica de la partición. Recurrida esta sentencia en casación por los demandados-reconvinientes y apelados, el TS declara no haber lugar al recurso por haberse producido una usucapción extraordinaria respecto de los bienes de la herencia. (M. C. B.)

83. Indivisión de la herencia impuesta por el testador. El testador puede prohibir la división de los bienes hereditarios por tiempo determinado, considerándose como tal el tiempo que media entre la apertura de la sucesión y el acontecimiento cierto, pero indeterminado en cuanto al momento de su producción, de la muerte de su viuda.—El *quid* de la presente contienda judicial y que motiva el actual recurso de casación, consiste en concreto, en determinar si la situación de indivisión hereditaria impuesta expresamente por el testador —don Miguel O. E.—, sobre una determinada finca rústica debe alcanzar solo la duración de diez años, dejando la posibilidad de prórroga cuando medie la voluntad unánime de los coherederos sobre ello, o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento cierto pero incierto en cuanto a su acaecimiento, como es el óbito de su viuda, todo ello con la limitación que establece el artículo 1050 CC.

Pues bien superado en ciertos aspectos y en aras de concretas ventajas económicas y sociales el disfavor con que era contemplada la indivisión de la comunidad de bienes, no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado —este es el caso—. Y sobre todo cuando así lo permite y autoriza expresamente el artículo 1051 CC.

Pues bien, todo lo anterior aplicado a la presente cuestión, indica que el testador estaba en un perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos —hijos—, a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Sobre todo cuando la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se

consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un trato igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios.

Planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho.

Efectivamente ello es así aunque el artículo 400 CC determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contraexcepción, ha de permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto —el óbito de una persona— como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 CC.

Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la S de esta Sala de 12 de diciembre de 1958, en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1051 CC. (STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Dos de los seis hijos del causante promueven juicio voluntario de testamentaría para proceder a la partición hereditaria del caudal relicto dejado por su padre. A esta pretensión se oponen los otros cuatro hijos y la viuda del causante, alegando que el testador impuso la indivisión hereditaria hasta tanto se produjera la muerte de su esposa, por lo que solicitan del Juzgado que en su sentencia declare no haber lugar al inicio de las operaciones particionales. El Juzgado desestima esta pretensión y ordena la prosecución de la testamentaría. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y declara no haber lugar al inicio de las operaciones particionales hasta la muerte de la esposa del causante, siempre y cuando ésta se produzca dentro de los diez años siguientes a la muerte del causante, o en el período de prórroga convencional de este plazo, que funcionarán como límite máximo de la situación de indivisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 400 CC. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte apelante y declara la indivisibilidad de la herencia hasta la muerte de la esposa del testador. (M. C. B.)

84. Donación no colacionable. Tiene plena eficacia la escritura pública de donación de una finca, hecha con el carácter de donación no colacionable, al no haber sido contradicho por prueba en contrario el valor del documento.—Efectivamente, la segunda copia de la escritura notarial de 16 de octubre de 1970, que a su vez tiene fecha 13 de octubre de 1994, y que obra en autos de primera instancia a los folios 175 a 178, es un documento público en el que se reconoce que D. A. de M. R. otorga donación pura y simple, *inter vivos* e irrevocable y no colacionable, de la finca descrita en la parte expositiva de esta escritura; apareciendo como tal la finca objeto de la presente litis y como donatario la parte recurrente, D. J. de M. L.

Por ello nos encontramos ante un documento público cuya proyección hermenéutica tiene como características la de ser eficaz y vinculante para los

contratantes que intervienen en los mismos y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que hubieren hecho aquéllos en dicho instrumento.

Es cierto que la prueba documental no es superior a otras y su veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por otra prueba en contrario (por todas la S de 2 de abril de 1990, que recoge otras similares); pero es que en el presente caso en la sentencia recurrida no se ha contradicho la escritura pública notarial en cuestión; sobre todo cuando dicho documento no ha sido impugnado y ni combatido por otras pruebas, con lo que queda incólume la presunción de eficacia de naturaleza *iuris tantum* que se establece en el artículo 1218 CC.

En conclusión, que hay que proclamar que la finca objeto de la presente contienda ha de estimarse como no colacionable al caudal relicto especificado.

El artículo 1036 CC concede al heredero-donatario un derecho *post-mortem* del causante que encuentra aplicación cuando los herederos forzosos discuten acerca de la herencia del donante.—En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 CC que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la S de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «sólo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque eso equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho *post-mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia».

Todo lo anterior significa que la accesión a un requisito esencial para la apreciación de la figura de la colación, lo que unido a que la donación principal no ha sido tachada de inoficiosa, hace que se deba proclamar, como ya se ha dicho, el éxito del motivo en cuestión. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Entre los herederos de un matrimonio se suscita contienda acerca de los bienes que integran el caudal relicto, por lo que algunos de ellos inician contra los otros un proceso para pedir la división y adjudicación de la herencia. El Juzgado de Primera Instancia excluye del caudal relicto una serie de bienes, lo que propicia que los demandados apelen ante la Audiencia Provincial que revoca parcialmente la sentencia de instancia reintegrando al caudal relicto algunos de los bienes excluidos de él por el Juzgado. Uno de los demandantes apelados interpone el recurso de casación por haberse incluido en el caudal relicto una finca que le fue donada en vida del causante con el carácter de donación no colacionable. El TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

85. Diferencias entre la colación y la imputación de donaciones.—Ante todo hay que partir del concepto de la colación, utilizado en el Código civil para el cálculo de la legítima en el artículo 819 y para la determinación, en consecuencia, de si existe inoficiosa en las donaciones hechas por el causante (arts. 646 y 654), y más específicamente en los artículos 1035 y siguientes como operación particional. Como operación distinta ha de considerarse la imputación de las donaciones a la cuota del legitimario

previo cómputo con arreglo al artículo 818 CC para hallar dicha cuota (art. 819 CC). Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino la de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia.

Colación de los gastos para una carrera profesional y de los regalos de boda.—La testadora, en la cláusula transcrita del testamento, antes referenciado, hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (el «ajuar, cuando se casó», dice el testamento). La primera, según el artículo 1042 CC no es colacionable «sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga», en cuyo caso se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de sus padres, como dispone su último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1044 CC le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad. (STS de 15 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La causante declaró que nada dejaba por testamento a una de sus hijas, por haberle dado en vida sobradamente, gastando en ella, en estudios y colegios, y en ajuar, cuando se casó. La demandante promovió un juicio de menor cuantía frente a los coherederos de su madre, solicitando que se declarase que no estaba obligada a colacionar las donaciones recibidas de la causante, así como la nulidad de los testamentos otorgados por ésta, de la partición y de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad a consecuencia de dichas disposiciones de voluntad. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón a la demandante, pero el TS dio lugar al recurso de casación desestimando la demanda. (L. F. R. S.)

86. El cálculo del porcentaje del veinticinco por ciento que ha de realizarse en la rescisión por lesión de la partición hereditaria ha de hacerse sobre el monto total del as hereditario.—Si los herederos llamados con carácter universal son los cuatro hijos del causante, que lo serán por iguales partes, esta igualdad en la atribución adjudicatoria será el signo de referencia a lo que tiene derecho *ab initio*, y sobre cuya proporción se habilitará el cauce, en cierto modo de desigualdad que permite el citado artículo 1074 CC. Quiere decirse, pues, que si a cada heredero en razón de ese as de 892.219.626 pesetas, le debe corresponder la cuarta parte en teoría o cuota ideal, es decir —223.054.906 ptas.— será sobre esta cifra —de igualdad teórica vía testamentaria— sobre la que se calibrará si la cuota real asignada a la actora/apelante le lesiona o perjudica en más de la cuarta parte. Y aquí el cálculo puede hacerse por dos vías: o bien como señala acertadamente, entre otras, el motivo y la S de esta Sala de 24 de noviembre de 1960, comprobando «si lo realmente adjudicado a ese heredero alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le correspondería percibir, y se agrega, porque de este modo se ha percibido por encima de esos tres cuartos, es claro que la diferencia hasta los tres cuartos —cuota ideal— no rebasa el tope de la cuarta parte del perjuicio relevante. O bien, la otra vía de que si la cuarta parte de cada cuota ideal —que es la misma— de pesetas 223.054.906, asciende a pesetas 55.736.726, todo lo que se

asigne en la cuota real que no exceda de esta suma sería relevante para la rescisión por lesión. Y es claro que, por una vía u otra, la actora/apelante, según lo realmente percibido, no ha sufrido una lesión superior a la reseñada. En efecto, a doña Carmen le corresponde, cuota ideal, 223.054.906 y se le entregan 177.892.455. Diferencia en menos 45.162.451, inferior, pues a 55.763,726 (1/4 perjuicio legal).

El cálculo no se realiza sobre el valor de los bienes adjudicados al heredero que ha salido más beneficiado.—Desechando por lo razonado que en la determinación de esa cuarta parte tenga que contemplarse el monto de la cuota real más beneficiada (—en el caso de autos sobresale una demasía—, por otro lado, casi, tácitamente propiciada por el testamento descrito, por el reconocimiento prevalente del recurrente según voluntad del *de cuius*) que, se repite, no lo permite la hermenéutica del artículo 1074 CC, ha de subrayarse dos asertos: el primero, la permisividad legal de esos desajustes o desigualdades a que se hizo mención, y, en segundo lugar, lo que se cohonesto con el cometido nomofiláctico de la casación, que la solución prevalente, según lo expuesto, aunque margine, sin duda, atributos de justicia material, respeta la sanción normativa que, pese a su posible conformación propiciadora de reparos no equitativos, en cuanto es sanción *de lege data*, ha de acatarse por los Tribunales, y, sin perjuicio de que pese a ello esta Sala recuerde la normativa en cierto modo paliativa o correctora de lo así acontecido inmersa en los artículos 1061 y 1078. (STS de 8 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En la partición realizada por contador-partidor testamentario, resultaron muy desiguales las valoraciones de los bienes adjudicados a los cuatro hijos del causante, instituidos herederos por partes iguales, pues el más perjudicado recibió bienes por valor de ciento setenta y siete millones de pesetas, mientras que el más beneficiado recibió bienes por valor de doscientos noventa y nueve millones de pesetas. Las dos herederas más perjudicadas demandaron a sus dos hermanos y al contador-partidor en acción de rescisión de la partición y otras peticiones. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por una de las demandantes, dando lugar a la rescisión de la partición. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados y recurrente, al estimar que el porcentaje para calcular la lesión debe realizarse sobre la cuota ideal, es decir, la que resulta de dividir el total de la herencia por el número de herederos instituidos por partes iguales. (L. F. R. S.)

87. Posibilidad de instar un procedimiento declarativo para ejercitar la oposición a las operaciones particionales en proyecto, como incidencia del juicio de testamentaría.—La oposición a las operaciones particionales en «proyecto» —así las denomina el art. 1083 de la Ley procesal— puede hacerse en el curso del juicio de testamentaría como concluye el artículo 1988 sin poner límite a las causas que puedan fundamentar el ejercicio de la acción y pretensiones que a su amparo se deduzcan —el art. 1073 CC es amplio en este sentido— anticipándose a que se dicte la resolución concluyente del juicio de testamentaría, juicio que, a falta de mayor precisión del artículo 1088 y lo impuesto por la práctica forense y conforme con la jurisprudencia, habrá de acoger como incidencia el declarativo impugnador suspendiendo, mientras

éste se tramita, su propio curso por incompatibilidad entre sus respectivos objetos hasta que este último se resuelva como incidencia del proceso universal en el que trascenderá la sentencia que en aquél se dicte sobre el fondo del debate con la eficacia de la cosa juzgada.

No es necesario que las operaciones particionales estén definitivamente concluidas para poder oponerse a las que se han realizado.—El Código, sin perjuicio de esta generalidad, establece una particularidad en su artículo 1074, complementado en el artículo 1076, y sin perjuicio de la especial y delicada situación que contempla el artículo 1089 de la ley procesal civil, para poder interesar la rescisión de la partición por lesión —con la salvedad que establece el art. 1075 de dicho Código— desde el momento mismo en que se hizo la partición —en tiempo de «cuatro años, contados desde que se hizo la partición»— sin que el citado artículo 1076 establezca, para así poder hacer en defensa de los intereses que de tal modo se estiman perjudicados, la necesidad de que se dicte el auto aprobatorio de las operaciones y concluyente del procedimiento universal.

La valoración del acervo hereditario ha de hacerse al tiempo de la partición, a efectos de la rescisión por lesión.—La averiguación de la lesión por la que se ha logrado la rescisión de la partición en litigio ha de lograrse reconstruyendo el acervo hereditario en su valor real a través del valor verdadero de los bienes que lo integran para desde él establecer la cuota de cada heredero en función del número de los mismos y la correspondencia a esos valores de los bienes con los que se componga la respectiva cuota, todo ello al momento o tiempo de la partición o lo que es igual, como dice aquel artículo 1074, al tiempo en que las cosas fueron adjudicadas y no al tiempo de fallecer el causante según especifican las SS de 16 de noviembre de 1955, 24 de noviembre de 1960 y 17 de enero de 1985, teniendo siempre presente la tendencia a conservar la partición hecha, como dice la S de 31 de mayo de 1980 y demás que la misma contiene. (STS de 27 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del causante promovió juicio declarativo con objeto de oponerse a la partición de la sociedad de gananciales efectuada por los contadores nombrados, como incidencia del juicio de testamentaría en que se había practicado esa partición, acción que fue desestimada por los tribunales. La viuda interpuso posteriormente una nueva demanda, solicitando la rescisión de las operaciones particionales realizadas y, consecuentemente, la práctica de unas nuevas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al apreciar que la demandante carecía de acción, por tener eficacia de cosa juzgada los pronunciamientos realizados en el procedimiento incidental que aquélla instó anteriormente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declaró que no existía cosa juzgada y condenó a los demandados a proceder a realizar una nueva partición o indemnizar a la demandante. El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

88. Rescisión del contrato de distribución en exclusiva.—El contrato de distribución en exclusiva —supone en el concesionario una actuación inde-

pendiente organizando medios y captación de clientela para la venta, sin competidores, de producto o productos específicos dentro de un territorio determinado-, carente de toda regulación en nuestro ordenamiento, es posible desde la libertad de contratación que consagra, en límites concretos, el artículo 1255 CC, habiendo sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando sus caracteres y así la S de 15 de octubre de 1992, recogiendo otras precedentes, establece que a esa clase de contrato «nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo» y por lo mismo, respetando siempre los parámetros de la buena fe y de la equidad excluyente del abuso del derecho, cabe proceder a su rescisión por el concedente respetándose, como dice la S de 20 de enero de 2000, aquellos principios asentados en la mutua confianza evitando irrogar «perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte» difundiendo la venta de los productos de aquél.

Esa facultad rescisoria, para entenderse que es tal, ha de obedecer a iniciativa del concedente quien, por lo mismo, ha de asumir las consecuencias de la decisión que adopta, siendo distinto el régimen cuando el correspondiente resultado le venga impuesto sin remisión y en este sentido, que es el invocado por el recurrente en este primer motivo, no puede establecerse el efecto resolutivo prescindiendo de los orígenes determinantes de la rescisión con todos sus pormenores pues si bien es cierto que el distribuidor aquí recurrente ha quedado desprovisto de cualquier posibilidad para seguir manteniendo aquella exclusiva con la entidad recurrida, la situación a que así pasó fue negociada con su concedente, la multinacional indicada, expresando su voluntad en orden a la finalización para terminar aceptando ésta desde un beneficio propio en cuya determinación, dada su actual postura en litigio, no tuvo en cuenta posibles resultados ajenos.

Ahora bien, esa gestión rescisoria y las consecuencias a las que arrastró –sin olvidar que no pudo depender absolutamente de la voluntad del recurrente, como es inevitable deducir del hecho de que la indemnización que le fue concedida y finalmente aceptó sólo pudo responder a imposición de la voluntad rescisoria de su concedente de distribución, porque la suya de abandono no habría de reportarle resultados positivos– no aparece presidida por la mala fe y es consecuencia de una libertad negocial constreñida totalmente para el resultado tratado y en gran medida para los efectos de ese resultado, siendo este concreto y posible hacer el que ha de valorarse como dicen, además de las sentencias ya reseñadas, las de 27 de mayo de 1993 y 16 y 17 de octubre de 1995 y en ese sentido ha de tomarse la situación objeto de litigio, siquiera no puede servirle de fundamento la invocación de los artículos 1116 y 1272 CC que nada han tenido que ver con el contrato que nos ocupa.

Aplicación analógica de la Ley de contrato de agencia.–Se ha dejado constancia anteriormente de la postura mantenida por la jurisprudencia en orden a la extinción o resolución unilateral de este tipo de contrato que nos ocupa cuando no se ha pactado su duración y a las consecuencias que de ello puedan derivarse, contándose como esencial la que hace referencia a la indemnización de daños y perjuicios que puedan originarse en aquel final unilateralmente decidido a falta de un tiempo para el que haya sido previsto, porque esta imprevisión no supone perpetuidad, y es en aras de aquella posibilidad rescisoria que únicamente cabría establecer una obligación reparatoria para la contraparte cuando la decisión finalizadora se adopte maliciosamente

o en claro abuso o, simplemente, sin motivo alguno y es en este sentido que, a falta de regulación específica, la consignada S de 20 de enero de 2000 lleva la aplicación analógica al contrato de distribución en exclusiva de las disposiciones que, en punto a indemnización, contiene la Ley de contrato de agencia de 27 de mayo de 1992 —la identidad de razón entre ambas figuras aparece clara desde las posibilidades de las partes para la extinción del contrato de duración indefinida, y desde la necesidad de establecer qué aportación o aumento realizados por el concesionario beneficie de futuro a su concedente, con más de cuanto derive en menoscabo por la cesación de la actividad— o las que resulten de la aplicación del artículo 1101 CC en relación con su artículo 1106. (STS de 30 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.— La multinacional *Wander España S.A.* había confiado a la recurrente, *Grupo Prac, S.A.*, la distribución en exclusiva para toda España de la bebida de su producción ISOSTAR y esta distribuidora concede igual facultad sobre el mismo producto, sólo para la provincia de Vizcaya, a la entidad demandada reconviniente, *Álvaro Basarrate, S.A.*, desde el año 1986. En el año 1992 se resuelve el convenio entre *Wander España, S.A.* y *Grupo Prac, S.A.*, admitiendo esta última, en su escrito de recurso, que a causa de esa resolución recibió de su concedente una indemnización de cien millones de pesetas y a consecuencia de esta nueva situación aquella distribuidora y aquí recurrente comunica a la recurrida *Álvaro Basarrate, S.A.*, por medio de carta fechada el 16 de marzo de 1992, la extinción de la relación establecida entre ambas, da por finalizado el contrato de distribución provincial que les unía, y le señala a su oponente quién es el nuevo distribuidor exclusivo de aquel producto, dándole señas y teléfono. Esto lleva a *Álvaro Basarrate, S.A.* a reclamar la correspondiente indemnización en base, según expresa en su escrito de impugnación de recurso, de los cien millones de pesetas que recibió *Grupo Prac, S.A.* como reconocimiento del perjuicio que le causaba la resolución de su contrato con la multinacional reseñada, sin haber tenido en consideración los intereses de sus propios distribuidores. (O.M.B.)

89. Cooperativas. Carácter o no de comerciante a los efectos de la prescripción trienal regulada en el artículo 1967.4.º CC.—No es una cuestión pacífica en la doctrina la calificación de las cooperativas como comerciantes. La tesis contraria a dicha calificación se apoya en la ausencia de ánimo de lucro en la actividad de las mismas, y en que el beneficio no se produce en ella sino, por el contrario, en el socio. Por el contrario, la tesis partidaria del reconocimiento a las cooperativas del carácter de empresarios sociales, entiende que la mercantilidad de un ente social no debe obtenerse «con los viejos criterios de ánimo de lucro de la realización habitual de actos de comercio, sino en el concepto de empresa, en cuanto se trata de un empresario social que ejerce una actividad económica con una organización y en nombre propio...» [FD 2.º]. Muestra de ello, es que la propia Ley 3/1987, de 2 de abril, general de cooperativas, en caso de insolvencia de una cooperativa, no la reconduce por el concurso de acreedores, sino por la suspensión de pagos y la quiebra (art. 110), así como la propia remisión del artículo 916, en materia de contabilidad, a las prescripciones del Código de comercio, en todo lo no establecido en ella.

Establecido el carácter mercantil de las cooperativas, y su calificación como empresarios sociales, es preciso determinar si, siendo ambos pues *mercaderes*, vendedor y comprador se dedican «...a distinto tráfico» (art. 1967. 4.ª CC), para que opere la prescripción trienal. Puesto que nos encontramos ante una compra de una Cooperativa a uno de sus socios, en concreto, una sociedad anónima, de pienso, se entiende que dicha compraventa «... se encuentra alejada del ánimo de lucro que exige para reputarse mercantil el artículo 325 CCO...» [FD. 2.º]. Además, los géneros vendidos, en este caso pienso, no son los mismos que la compradora suministra a terceros, ya que la misma se dedicaba a la venta de aves para consumo. Así pues, la ausencia de ánimo de lucrarse de la venta así como la exclusión del carácter mercantil de la misma, al tratarse de consumo personal o de empresa, nos lleva a la calificación de la misma como compraventa civil, y por consiguiente a la aplicación del artículo 1967.4.ª CC, excluyendo el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC. (STS de 30 de octubre de 2000.)

HECHOS.—La empresa *Avícola N. S. P., S.A.*, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la *Sociedad Cooperativa Ganadera AVICON*, de la que era socio, sobre reclamación de cantidad, solicitando que se condenara a la demandada al pago de la suma de 3.969.434 pesetas. Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó a la demanda solicitando que se declare su absolución por compensación de los respectivos créditos que recíprocamente poseían ambos litigantes, permaneciendo vigente el crédito de la demandada sobre el exceso de la cantidad compensada, y formuló demanda reconventional suplicando se condenara a la entidad *Avícola N. S. P., S.A.*, al pago de dicho exceso en la cantidad compensada, en concreto, la cantidad de 2.809.351 pesetas. En primera instancia, se estimó íntegramente la demanda interpuesta por la empresa *Avícola N. S. P., S.A.*, y se condenó a la *Cooperativa AVICON* al pago de la suma de 3.969.434 pesetas. Se entendió que se había producido la prescripción de acción de la *Cooperativa AVICON* para la reclamación del mismo, y que, por tanto, no cabía compensación alguna. Interpuesto recurso de apelación contra la misma, la Audiencia Provincial, estimó el mismo, condenando a *Avícola N. S. P., S.A.*, al pago de 2.809.351 pesetas, más los intereses del 12 por 100 anual de dicha cantidad. La parte condenada interpuso recurso de casación por infracción del artículo 1967.4.ª CC, al no haberse estimado en grado de apelación la prescripción de la acción ejercitada por vía reconventional por la *Cooperativa AVICON*.

NOTA.—El TS se plantea en este supuesto el carácter mercantil o no, tanto de una cooperativa, como de la compraventa efectuada por la misma con uno de sus socios, en este caso una sociedad anónima, a los efectos de la aplicación del plazo de prescripción trienal del artículo 1967.4.ª CC. Dicho precepto procede del Código civil francés, y su finalidad era favorecer a los consumidores en el comercio minorista. La exigencia de que ambos, vendedor y comprador, sean comerciantes, y siéndolo, se dediquen a distinto tráfico, procede del Derecho holandés, y pretende que no se trafique con las mercancías compradas. En la presente sentencia el TS se pronuncia a favor del carácter mercantil de las cooperativas, reiterando su doc-

trina ya contenida en su S de 24 de enero de 1990. Dicha calificación se apoya en el carácter empresarial de las mismas, por lo que a las mismas alcanzan «muchas disposiciones que el legislador autonómico tiene que respetar de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.6.ª CE» [FD 2.º]. Por tanto, a las cooperativas en la medida en que ejerce su actividad económica con una organización propia de una empresa mercantil, pueden ser calificadas como empresarios sociales.

Por lo que al carácter mercantil o no de la venta, el TS ha reiterado en diversas ocasiones, que al supuesto de venta de bienes muebles por parte de un vendedor comerciante a otro que se dedique a tráfico distinto de aquel, la aplicación del plazo del lapso prescriptivo de tres años del artículo 1967.4.ª CC, por entenderse el mismo excluido del ámbito mercantil, según lo dispuesto en el artículo 325 CCO, ya que si por el contrario se calificara de mercantil la venta correspondería de manera supletoria la aplicación del plazo genérico de quince años del artículo 1964 CC (*vid.* entre otras SSTs de 14 de mayo de 1969, 30 de mayo de 1979, 12 de diciembre de 1983 y 30 de noviembre de 1988). (*R. D. O.*)

90. Suspensión de pagos. Voto particular.—Todo procedimiento de suspensión de pagos está presidido por dos principios esenciales, como son el de la «universalidad» al afectar al derecho de todos los acreedores del deudor suspendido en pagos por tener un interés común en la base del mismo; así como el de la «unidad» por el que se impide que individualmente puedan los acreedores perseguir tales bienes, colocándose en situación distinta de la que legalmente les corresponde. Todo lo cual desemboca directamente en el principio *par conditio creditorum*, por el cual todos los acreedores afectados por dicho principio están supeditados a lo dispuesto en el convenio que se apruebe entre el deudor y los acreedores.

Por todo ello, el artículo 11 de la Ley de suspensión de pagos establece para la salvaguarda de dichos principios la verificación jurisdiccional de los créditos. Pero antes de llegar a la misma, el acreedor podrá solicitar al Juez de la suspensión de pagos la inclusión, la exclusión, el aumento o la reducción del crédito incluido en la lista de acreedores, o la modificación de la calificación jurídica del crédito; y si así no actúa no puede dicho acreedor ejercitar su pretensión en juicio declarativo.

Y este ejercicio jurisdiccional proclamado en el artículo 12 de la Ley de suspensión de pagos es el que pretendió la parte actora en este caso, pero no puede tener éxito su pretensión de cobro de crédito cambial, desde el instante mismo que en la suspensión de pagos declarada con respecto a la firma *Ercros, S.A.*, aparece incluida en la lista definitiva no impugnada de acreedores, la entidad *F. F. Investment Corp., S.A.*, por un crédito de 1.753.800.000 pesetas, así como el recurrido por un crédito de 24.000.000 de pesetas, que diferenciaba su crédito de la antedicha firma libradora de las letras de cambio. De este modo, al no haber habido tal impugnación, no puede haber base para la pretensión de cobro antedicha, ya que, de otra manera, se infringiría el esencial principio de los juicios de suspensión de pagos *par conditio creditorum*.

Además, hay que añadir que al no haber existido el traspaso de los cambiales —títulos de la pretensión— a *Ertoil S.A.*, se elude totalmente con dicho evento la no observancia de lo dispuesto en los artículos 1205 y 1911 CC que

deben tener ahora actual vigencia, pues en la segregación social –que es el caso– no hay cambio de deudor ni disminución del patrimonio –deudor y patrimonio configurados absolutamente en la firma *Ercros S.A.*–, sino únicamente una modificación de la composición del patrimonio social.

En cuanto al *voto particular*, el Magistrado Francisco Marín Castán no comparte la interpretación de la escritura pública de constitución de *Ertoil S.A.* en orden a que especificara exhaustivamente todo el pasivo asumido por esta entidad o a que de dicha escritura se desprenda que las letras no le habían sido traspasadas. Por todo ello, estima el citado Magistrado que debiera haberse desestimado el recurso presentado por *Ertoil S.A.*, ya que ninguno de los motivos que alega puede prosperar.

Los fundados en infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley de suspensión de pagos y del artículo 7.1 CC, porque al margen del mayor o menor acierto de la sentencia impugnada en la invocación de aquéllos, lo cierto es que la suspensión de pagos de un codeudor solidario no impide al acreedor reclamar la íntegra satisfacción de su crédito a cualquier otro codeudor solidario, como con toda evidencia resulta del artículo 1144 CC y sin perjuicio de los efectos que entre codeudores pueda producir el convenio de la suspensión de pagos a tenor del artículo 1146 CC.

A tal efecto, ya declaró el mismo TS en su S de 27 de enero de 1989, que el tenedor legítimo de la letra puede exigir su pago íntegro a cualquiera de los obligados, sin que el demandado pueda oponer la suspensión de pagos de otro obligado solidario con base en el convenio alcanzado, porque esto quebrantaría el principio de relatividad de los contratos consagrado en el artículo 1257 CC.

Además, si alguna conducta contraria a la buena fe cabe apreciar en el supuesto examinado, ésta no puede ser otra que la de la propia recurrente, que al obtener unos muy sustanciosos beneficios fiscales presentando la operación como una fusión de empresas, ejecutó un verdadero «acto propio» del que luego no puede desentenderse para eludir parte del pasivo correspondiente a la actividad empresarial asumida «en bloque» so pena de quebrantar el orden jurídico hasta tal extremo que se pueda considerar amparado por la ley un doble beneficio: el obtenido a costa del erario público más el logrado a costa de los legítimos acreedores o terceros ajenos a la operación. En suma, por más frecuente que en la jurisprudencia del TS sea la separación entre aspectos jurídico-privados y aspectos fiscales o tributarios al pronunciarse sobre una relación eminentemente jurídico-privada, tal separación no puede llegar al punto de considerar irrelevante la pública aparición y autopresentación de una nueva y gran empresa del sector de los carburantes como responsable frente a terceros de deudas incorporadas a un documento mercantil tan riguroso como la letra de cambio, a menos que el ordenamiento jurídico se quiera fragmentar en tantos compartimentos estancos cuantos convengan al interés de una sola de las partes, en este caso la recurrente.

En cuanto al motivo fundado en la infracción del artículo 1205 CC, su desestimación se impone también con toda evidencia al margen de la mayor o menor fortuna de los razonamientos de la sentencia impugnada, pues las expresiones acerca de si las letras se traspasaron o no, solamente pueden entenderse en el sentido de que, dados los propios términos de la operación societaria, en cualquier caso *Ertoil S.A.* tenía que pagar su importe por haber asumido todo el pasivo de la actividad escindida.

Y en cuanto al motivo fundado en infracción de los artículos 142 LSA de 1951 y 253 y 254 de la LSA-TR de 1989, en relación con los artículos 2.3,

3.1 y 4.1 CC, su desestimación se impone porque los términos de todos los acuerdos societarios, unidos a la absoluta falta de detalle del balance de escisión, sólo permiten concluir que, aun no siendo aplicable al caso el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, sí lo eran, en cambio, los compromisos libremente contraídos entre *Ercros S.A.* y *Ertoil S.A.* y la forma en que públicamente decidieron presentarlos, compromisos equivalentes en la práctica a los de una escisión en sentido propio.

Por todo ello, estima el Magistrado firmante del voto particular que acabamos de resumir, que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por *Ertoil S.A.*, debiendo por el contrario estimarse el presentado por *Ercros S.A.* (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid, conoció el juicio de menor cuantía núm. 201/94, sobre reclamación de cantidad, sustanciado frente a *Ercros S.A.* y *Ertoil S.A.* Admitida a trámite la demanda, el Juzgado dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 1995, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la entidad demandada *Ertoil S.A.*, condenando a *Ercros S.A.* Contra tal resolución, el actor interpuso recurso de apelación que fue resuelto con fecha 25 de noviembre de 1997 por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de forma estimatoria. Finalmente, *Ercros S.A.* presentó recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los principios de universalidad y de la *par conditio creditorum* que rigen los procesos concursales de suspensión de pagos; segundo.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa a la doctrina de los actos propios o prohibición de venir contra los propios actos; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 1140 y 1146 CC; cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 9.4 y 12 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922; quinto.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción, por violación, del artículo 12.2 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS relativas a la cuestión citada.

Por su parte, *Ertoil S.A.* presentó recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción por violación y no aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley de suspensión de pagos y de la jurisprudencia interpretativa de los mismos; segundo.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 7.1 CC, así como de la jurisprudencia relativa al mismo; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 142 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 y por aplicación indebida e incorrecta de los artículos 253 y 254 del vigente Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989, en relación con los artículos 2.3, 3.1 y 4.1 CC; cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infrac-

ción, por aplicación incorrecta, de los artículos 1205 CC, 242 y 243 –en relación con el 254– del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989 y del artículo 145 de la Ley de sociedades anónimas de 1951. (*J. L. B.*)

DERECHO PROCESAL

91. El artículo 1225 CC es aplicable a los documentos privados.—El artículo 1225 CC atañe a los documentos privados, no a sus copias o fotocopias, conforme, además, resulta de la exigencia que establece el artículo 602 LEC antigua, en orden a la presentación mediante originales de los documentos privados.

Valor probatorio de las fotocopias no adveradas.—El TS ha tenido ocasión de reiterar que las fotocopias no adveradas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto a su contenido; ello sin perjuicio de que en determinados casos se conceda, por aceptación de ambas partes y adveración de las mismas, eficacia probatoria a una fotocopia. De darle valor de prueba a una fotocopia siempre susceptible de manipulación y, como ocurre en este caso, sólo adverada por las personas que de ella salen beneficiadas, se generaría una situación de verdadera indefensión que no puede ser amparada por las actuaciones judiciales.

Valoración de los documentos privados por el juzgador de instancia.—También es doctrina jurisprudencial que la Sala de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorar los documentos privados no reconocidos, en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado. Debe quedar firmemente establecido que la valoración que de copias o fotocopias se haga en relación con otros elementos probatorios es campo reservado al juzgador de instancia. (**STS de 22 de enero de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio de que trae causa esta sentencia se centra en el valor probatorio que se deba otorgar a la fotocopia del documento privado que supuestamente vincula a los señores R. L., M. C. y A. F., entre los que al parecer (tal como reclama que se declare el señor A. F.) existía una sociedad irregular. Del documento mencionado deriva la existencia de deudas entre las partes, como consecuencia de las nivelaciones de las aportaciones de los socios: así, M. C. resultaría deudor de A. F. por la cantidad de 800.000 pesetas, R. L. deudor de A. F. por 10.000.000 de pesetas y también deudor de M. C. por 3.400.000. En primera instancia A. F. demanda a R. L. y M. C. exigiéndoles la cantidad adeudada y a su vez, R. L. demanda a M. C. con similar exigencia; todo ello sobre la base del documento antes aludido. R. L. no reconoce haber firmado el documento y alega que ha sido manipulado, mientras que M. C. si lo reconoce (aunque debemos recordar, tal como hace la sentencia que tal reconocimiento le beneficia, puesto que le reconoce un crédito mayor a la deuda que en virtud de tal documento debe asumir). (*M. C. P. A.*)

92. Vía de hecho de la Administración.—El Ayuntamiento de Peñíscola expropió y pagó 7.950 metros cuadrados de una finca propiedad de la parte recurrente, y sin embargo inmatriculó en el Registro de la Propiedad dos fincas registrales con una cabida total de 12.142 metros cuadrados, lo que perjudicaba a la parte recurrida, al otorgar una titularidad sobre una extensión superior y que afectaba al resto de la finca que seguía en poder de la parte expropiada.

En conclusión, dicho Ayuntamiento como entidad administrativa ha incurrido en lo que jurisprudencial y doctrinalmente se conoce como «vías de hecho», que aparece perfectamente definida en la STS de 8 de junio de 1993, que se basa en la de 18 de julio de 1991, como «aquella actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación, que se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite». Lo que supone que «las –vías de hecho– aparejan como principal efecto las pérdidas de las prerrogativas administrativas, especialmente las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva remite las cuestiones contenciosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes».

En este caso, la parte recurrente inmatriculó a su nombre terrenos de la parte recurrida en una superficie superior a la que tenía derecho según resolución firme de la jurisdicción contencioso-administrativa en el oportuno expediente de expropiación forzosa; y con base a tal extralimitación incurrió en «vías de hecho» perdiendo su aforamiento jurisdiccional –el contencioso administrativo– y entrando de lleno en el área del orden jurisdiccional civil, que es la que debe resolver la cuestión planteada.

Señalar por último que el pleito analizado se planteó y agotó antes de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998 y, por lo tanto, de lo dispuesto en su artículo 30. (STS de 14 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vinaroz, conoció el juicio de menor cuantía núm. 149/90, sobre acción reivindicatoria de dominio y nulidad de la inscripción registral, seguido contra el Ayuntamiento de Peñíscola. Admitida a trámite la demanda, se contestó a la misma, suplicando se acordase el sobreseimiento y archivo del procedimiento, con expresa condena en costas a la parte actora. Con fecha 20 de mayo de 1993, el Juzgado dictó sentencia absolviendo al demandado, razón por la cual la parte actora interpuso recurso de apelación, que fue resuelto de forma estimatoria por S de 22 de diciembre de 1995, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón. Finalmente, el Ayuntamiento de Peñíscola presentó escrito de formalización de recurso de casación ante el TS, con apoyo procesal, como motivo único, en el abuso en el ejercicio de la jurisdicción consagrado en el artículo 1692.1 LEC. (J. L. B.)