

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Encarna SERNA MEROÑO, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho. Requisitos.—La doctrina del abuso de derecho es un remedio extraordinario al que sólo se puede acudir en los casos en que de forma patente y manifiesta se aprecie su concurrencia. Para tal apreciación, indica el TS (S de 11 de abril de 1995) que es necesario que se ejercite un derecho con intención decidida de dañar, utilizándolo de manera anormal y sin que resulte de ello provecho alguno para el agente.

Abuso de derecho. Elaboración jurisprudencial.—Señala el TS que la doctrina del abuso de derecho se desarrolla y perfila por la jurisprudencia a partir de la S de 14 de febrero de 1944. Es la labor de los Tribunales, pues, la

que se encarga de concretar la esencia de esta figura, así como sus requisitos. (STS de 29 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Seis años después de haber recaído sentencia de divorcio disolviendo el matrimonio de doña A. I. B. y don J. R. B., interpone doña A. I. B. demanda de división de la cosa común en la que solicita la disolución de la comunidad que mantenía con don J. R. B. respecto de una vivienda de la que eran propietarios en pro indiviso y en la que ella no había habitado tras el divorcio. Don J. R. B. se allana a la demanda, si bien reconviene solicitando el reintegro por la demandante de la mitad de los pagos legítimos por las cargas del condominio y los gastos de conservación de la vivienda por él efectuados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, frente a lo cual recurre don J. R. B. La Audiencia Provincial desestima igualmente la reconvencción y el divorcio interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS sobre la base de la doctrina del abuso de derecho. (A. M. M.)

2. Abuso de derecho por interposición de interdicto de obras que es desestimado en ambas instancias.—La jurisprudencia del TS se ha encargado de ir delimitando las directrices de este supuesto en el que se invoca la doctrina del abuso de derecho (SSTS de 21 de marzo y 4 de diciembre de 1996, 28 de marzo y 30 de junio de 1998, 6 de febrero de 1999 y 2 de febrero y 6 de abril de 2001). Parte de la base de que el demandado que soporta la suspensión de la obra a causa del interdicto rechazado en ambas instancias puede tener derecho a ser indemnizado conforme al artículo 7.2 CC y, en ocasiones, al artículo 1902 CC. No obstante, cada caso se deberá resolver cuidadosamente buscando un equilibrio entre estos artículos y el artículo 24 CE. De hecho, en consideración a este precepto constitucional, la aplicación del artículo 7.2 CC en estos casos es restrictiva. Así, la desestimación en ambas instancias no es por sí sola demostrativa de un abuso de derecho, sino que es necesario demostrar que el interdicto se promovió con fines puramente coactivos, con el fin de perjudicar o de forma temeraria o manifiestamente negligente, ya que carecía de posibilidad de prosperar (SSTS de 15 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1996).

Planteamiento en casación de cuestiones no planteadas en la instancia.—Reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 9 de octubre y 6 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 26 de marzo y 14 de mayo de 2001) rechaza el planteamiento directo en casación de cuestiones que hubieran podido suscitarse ya en apelación y que no fueron entonces alegadas. (STS de 18 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de arrendamiento de local se incluye una cláusula en la que se establece, entre otras cosas, que si la arrendataria desea hacer obras de adaptación o modificación del local, debe pedir autorización a la propietaria. En atención a la citada cláusula, la sociedad arrendataria del local, que desea realizar unas obras de modernización del mismo, solicita a la propietaria autorización para proceder a ello. La propietaria, sin embargo, responde dene-

gando el permiso y condicionando su concesión a la elevación de la renta pactada en el contrato. Pese a tal oposición, la arrendataria comunica a la propietaria que va a llevar a cabo las obras y, de hecho, las comienza. Interpone entonces la propietaria del local interdicto de obra nueva, paralizando las obras. El interdicto, no obstante, es desestimado en ambas instancias.

Ante este resultado, la arrendataria demanda a la propietaria reclamando los daños sufridos como consecuencia de la paralización de las obras. La propietaria, por su parte, reconviene solicitando el importe de las obras de reposición del local a su adecuado uso. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima parcialmente la reconvencción. Frente a este fallo recurre la demandante; recurso que es desestimado por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación por la demandante, alegando infracción de la doctrina del abuso de derecho, declara el TS no haber lugar al recurso, ya que la actuación de la propietaria se realizó en defensa de un interés legítimo derivado de una específica cláusula contractual frente a lo que desde un principio se manifestó como clara voluntad de la arrendataria de faltar a lo pactado. (A. M. M.)

3. Actos propios. Doctrina.—La doctrina de los actos propios, tal y como aparece en la doctrina jurisprudencial explica que la regla *nemine licet adversus sua facta venire* tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Alugas, SpA* interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona, demanda contra la entidad *Alugas, SA*, sobre acción reivindicatoria de propiedad y marca. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, sin imposición de costas. Recurrída en apelación, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Concepto de derecho al honor. Dimensión subjetiva y dimensión objetiva.—Sobre la base de que no puede elaborarse una definición del derecho al honor que abarque todas las manifestaciones del mismo —dada la gran variedad de las conductas humanas—, la jurisprudencia y la doctrina definen este derecho como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Con ello se destacan los dos aspectos que caracterizan este derecho: su dimensión subjetiva (interna o individual) y su dimensión objetiva (externa o de valoración social); dualidad que es de gran importancia, pues impide asumir un concepto de honor subjetivo puro conforme al cual se haga depender la definición de este derecho de la idea que tenga de él cada persona con arreglo a su subjetividad o suscepti-

bilidad, así como un concepto de honor objetivo puro que ofrezca parámetros abstractos de conducta a los que deban adaptarse las personas.

Concepto de derecho al honor. Criterios de delimitación.—Para delimitar o matizar el concepto del derecho al honor y determinar cuándo una expresión atenta contra este derecho, el TS señala tres criterios: el contexto en que se producen las expresiones (con especial consideración al medio en que se vierten y circunstancias que las rodean), la proyección pública de la persona que se siente ofendida (criterio ya señalado por la STC 165/1987, de 27 de octubre) y la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas.

Libertad de expresión y derecho de información. Contenido y límites.—El TS resume las diferencias de contenido y los límites de la protección de ambos derechos. Respecto del contenido, la distinción se encuentra en que la libertad de expresión ampara las opiniones, mientras que el derecho de información se extiende sólo a informaciones. Por lo que respecta al límite de ambos derechos, éste se encuentra, por un lado, en la concurrencia de un mínimo interés general y, por otro, en la vejación, puesto que quedan sin protección las expresiones o epítetos injuriantes, afrentosos u ofensivos. Junto a esto, en el caso concreto del derecho de información se añade un límite a su protección, que es la exigencia de veracidad de la información difundida.

Alegación de hechos posteriores a la demanda.—No se pueden alegar, ni en segunda instancia, ni en casación, hechos sucedidos posteriormente a la demanda que no puedan considerarse integrantes de los que se exponen en ella y que, por tanto, sean extraños a la *litis*. (STS de 21 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante una serie de debates en el Pleno del Ayuntamiento de Albatera (Alicante), dos concejales vierten fuertes expresiones contra el Secretario del Ayuntamiento, integrante de un distinto partido político. A causa de las mismas, el ofendido interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente a los concejales ofensores, solicitando una indemnización por la lesión de su derecho al honor, así como la publicación de la sentencia condenatoria y su reflejo en las actas del Pleno.

La demanda es desestimada en primera instancia y en apelación. El demandante interpone finalmente recurso de casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

5. Concepto de derecho al honor.—Conforme a la doctrina del TC (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, y 297/2000, de 11 de diciembre), se define el honor como un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Esto lleva a que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso lo que ha de considerarse lesivo de este derecho.

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Criterios de valoración del conflicto. Ponderación.—Son varios los criterios que han de servir de parámetro para delimitar el ámbito en el que la libertad de expresión prima sobre el derecho al honor. En primer lugar, se ha de tener en cuenta la relevancia pública del tema o suceso que motiva la emisión de las opiniones, ya que, según el TC (S de 26 de febrero de 2001), en tales casos la crítica legítima llega a amparar expresiones que puedan molestar, inquietar o disgustar. En segundo lugar, se ha de considerar el contexto en que se emiten

las opiniones, atendiendo a la gravedad de las mismas y a la presencia en ellas de un fondo de veracidad. Finalmente, hay que atender a la personalidad de los litigantes, su notoriedad pública y la existencia de oposición o enfrentamiento entre ellos. Así, en el caso de una rivalidad entre autores literarios, el intercambio de expresiones será frecuentemente más bien sátira que injuria. En cualquier caso, para resolver sobre este conflicto, será necesaria una ponderación caso por caso. (STS de 2 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo del vigesimoquinto aniversario de la muerte de don Enrique Ruano, un informativo de una cadena de televisión entrevista a don F. P. M., renombrado escritor que conoció en su época al fallecido. A lo largo de la entrevista, don F. P. M. no sólo arroja dudas acerca de la verdadera causa de la muerte del finado (en su día se dijo que se había tratado de un suicidio), sino que, además, con su peculiar estilo, continúa declarando que el verdadero crimen contra el mismo, aunque fuera literario, lo perpetró el por entonces director del periódico *ABC*, don T. L. T., en cuyos artículos indicó haber tenido acceso a los diarios del fallecido y haber constatado que era «maricón», «como diciendo que daba igual matarlo o dejar que se matara, que era material de desecho, carnaza de patio de caballos, despojo adolescente que está mejor muerto». Ante estas declaraciones, don T. L. T., considerando lesionado su derecho al honor, interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente a don F. P. M.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, frente a lo cual interpone recurso de apelación el demandado. La Audiencia Provincial desestima el recurso, sobre la base de que no son veraces los hechos atribuidos al demandante. Habiendo interpuesto el demandado recurso de casación ante el TS, declara éste haber lugar al recurso.

NOTA.—Acompaña la sentencia un voto particular del Magistrado F. Marín Castán, en el que manifiesta su desacuerdo con el fallo emitido. Resumiendo la doctrina del TC sobre la libertad de expresión y el derecho de información (SS 107/1988, 105/1990, 170/1994 y 42/1995), centra su crítica en el hecho de que en el presente caso no sólo hubo una emisión de opiniones, sino también una atribución de hechos al demandante; hechos que no pueden ser calificados como veraces, pues nunca se llamó «maricón» al fallecido.

Igualmente, rechaza como defensa para el demandado el argumento de la licencia literaria, ya que las manifestaciones no se produjeron en un programa literario, frente a una audiencia especializada que pudiera comprender que se estaba haciendo uso de tal licencia, sino en un programa dirigido a una audiencia general. Por otro lado, ampararse en la licencia literaria genera el riesgo de crear zonas de impunidad a unos pocos autores de fama en detrimento del principio de igualdad. No se debe, pues, ser más permisivo en materia de lesiones al honor por la mayor facilidad de palabra del agresor.

Por todo ello, considera el Magistrado disidente que el fallo debiera haber sido desestimatorio del recurso. (A. M. M.)

6. Derecho al honor. Concepto.—El derecho al honor, garantizado por el artículo 18 CE y por la LO 1/1982, de 5 de mayo, descansa en la dignidad que deriva del respeto que genera el ejemplar comportamiento de una persona en todas las esferas de desenvolvimiento; dignidad que es guardada por los demás.

Derecho al honor. Lesión. Consecuencias.—Este derecho se lesiona cuando se destruye, menoscaba o deteriora la dignidad que aprecian los demás en una determinada persona por una causa distinta a la propia conducta del titular del derecho. En tal caso, el autor de ese mal hacer quedará obligado a reparar el daño por todos los medios necesarios.

Derecho al honor. Límites.—Indica el TS que el derecho al honor, de carácter personal, queda sometido al interés público y a la verdad del reproche que se le haga a la persona que considera lesionado su derecho al honor. (STS de 21 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En *El Mundo de Castilla y León* se publica un artículo sobre contrataciones irregulares a cargo del INEM, en el que el autor indica que considera necesario que se aclaren «los extremos de la contratación de unas determinadas personas», ya que «no es la primera vez que se pone en tela de juicio la forma en que entró a trabajar en el INEM doña M.^a E. A. G.». Tal artículo forma parte de un debate que existía desde hacía un año y que había dado lugar a la publicación de más de setenta artículos.

Sin embargo, la aludida doña M.^a E. A. G., sintiendo que se ha producido un detrimento en su derecho al honor por el citado artículo, interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente al autor del artículo, el director de la publicación y la editora del periódico, solicitando indemnización por los daños causados, así como la publicación de la sentencia. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, concediendo indemnización a la demandante. Recurre en apelación el autor del artículo y se adhierre al recurso la demandante. La Audiencia Provincial estima el recurso del demandado y revoca la sentencia de primera instancia. Ante tal pronunciamiento, interpone la demandante recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 18 CE y 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. El TS declara no haber lugar al recurso, sobre la base de que se ha ejercitado de forma legítima el derecho a la libertad de expresión. (A. M. M.)

7. Conflicto entre las libertades de información y de expresión y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. Criterios delimitadores.—Los criterios que establecen la resolución de los conflictos surgidos entre las libertades de información y de expresión por un lado y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por otro están pacíficamente asentados por una abundante jurisprudencia. Ambos tipos de derechos tienen rango constitucional y en cada supuesto se debe estudiar los respectivos límites de cada uno, para determinar si en el ejercicio de las primeras se ha afectado a los segundos. En este conflicto se ha de tener en cuenta que la persona de proyección pública sufre una disminución en el ámbito de protección de su derecho al honor, y que la libertad de expresión nunca puede dar derecho al insulto. La libertad de información ha de versar necesariamente sobre hechos de interés general y veraces, o al menos que cumplan en su ejercicio, diligen-

temente, el deber de comprobar o contrastar su veracidad a través de datos objetivos.

Actuación del Ministerio Fiscal en los procesos de defensa de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.—La falta de actuación del Ministerio Fiscal en las primeras instancias en los procesos de defensa de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen no provoca la falta total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento, que a tenor del artículo 283.3 LOPJ conlleva la nulidad de los actos judiciales, si es subsanada por su actuación en casación, y, aún más, si presta total apoyo a la pretensión de la demanda acogida en las resoluciones de primera y segunda instancia, por lo que no provoca la infracción de los principios de audiencia y asistencia, ni la indefensión del demandado recurrente. (STS de 30 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La Provincia* publicó los artículos siguientes: el 28 de agosto de 1990, «Parejas imaginables: Alfredo/Martirio», el 14 de marzo de 1993, «H. P.: el epiléptico del voto», y el 15 de junio del mismo año «El huevo de oro a H. P.», todos ellos escritos por don Salvador S. P., en los que se le llamaba a don Alfredo H. P., «zángano», «parásito ridículo y pretencioso», «pobre artículo de bromas» «catástrofe natural», «parto imperfecto», o «estropicio genético».

Don Alfredo H. P. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar contra el periodista don Salvador S. P, contra el director del diario *La Provincia* y contra la *Editorial Prensa Canaria, S. A.*, solicitando que se declarase la intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad, se publicase el fallo y se le indemnizase con cincuenta millones de pesetas. El Juzgado condenó a los demandados al pago de cinco millones de pesetas. La Audiencia rebajó la condena a dos millones de pesetas, cantidad confirmada por el TS. (*L. A. P. M.*)

8. Derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión. Colisión con el derecho al honor. Criterios delimitadores.—El conflicto se ha de delimitar caso por caso, sin fijar apriorísticamente límites entre los derechos, interpretando los textos o las imágenes en su conjunto y totalidad. Las libertades de información y de expresión cuentan con una posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, por tener una doble función, como libertad individual, por un lado, y como garantía institucional de la formación de una opinión pública libre e indisoluble unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, por otro. Pero para gozar de dicha prevalencia ambas libertades se han de ejercer dentro de unos límites, como son, respecto a la libertad de información, que la información transmitida sea veraz, esto es, comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa, y que trate de asuntos de relevancia pública, ya sea por las materias a las que se refiere o por las personas que en ellas intervienen, sin que en ningún caso ampare la simple satisfacción de la curiosidad ajena mal orientada. En cuanto a la libertad de expresión, su límite es que no se desmerezca a una persona identificada, o identificable ante los terceros, del público aprecio y respeto. (SSTC de 4 de octubre de 1993, 7 de julio de 1997, 28 de mayo y 31 de julio de 1998; y SSTS de 15 de enero de 1999 y 18 de abril de 2000).

Nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido.—En el análisis jurídico del nexo causal entre una conducta y el daño que provoca no caben premisas ni paradigmas. Se ha de tener en cuenta, necesariamente, que en cada caso habrá una inevitable concurrencia de heterogéneas y complejas circunstancias, como las personales, las ambientales, sociales, etc. Básicamente se habrá de analizar si la conducta enjuiciada pudo o no ser determinante, como agente principal o no, para que se produjera el evento dañoso, se diera entre ellos una absoluta inmediatez o no.

Doctrina de la neutralización decisoria.—El acogimiento de un motivo no siempre conlleva la casación de la sentencia, toda vez que según la doctrina de la «neutralización decisoria», o «equivalencia de resultado», no cabe estimar el recurso cuando deba mantenerse el fallo de la resolución recurrida, aunque sea por otros razonamientos jurídicos de los que ésta tuvo en cuenta. (STS de 10 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En el número de 7 de junio de 1990 del periódico *El Independiente*, en su página número 6, se publicó una noticia con el titular de: «El asesinato de Muguza fue preparado por personas relacionadas con la policía». En la misma se acusaba a don José Manuel O. U. de participar en una reunión en noviembre de 1989, junto con otras personas, en la que se ultimaron los detalles del asesinato de Josu Muguza, presunto perteneciente a la banda terrorista ETA. En el párrafo final de la noticia se califica a don José Manuel O. U. de *Frustrado Ertzaina*, «hombre de poco fiar», que fue expulsado de la Academia de Arkaute por su implicación en grupos de contrabando, e incluso se le atribuyen relaciones con el Grupo Terrorista GAL. Esta noticia fue parcialmente rectificada tres días después por el medio de comunicación, únicamente en lo relativo a la participación del afectado en la citada reunión.

Don José Manuel O. U. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra los periodistas don José Agustín A. P. y don Miguel Sánchez B., y contra el medio *Ediobser S. A.*, y su director, don Pablo Sebastián B., solicitando la condena, su publicación, y una indemnización de cincuenta millones de pesetas. El Juzgado condenó a los demandados a las medidas solicitadas y al pago de cinco millones de pesetas. La sentencia fue recurrida por ambas partes, y mientras se tramitaba tal recurso, el demandante murió en atentado de la banda terrorista ETA, siendo sustituido en el proceso por doña Victoria U. I. La Audiencia desestimó el recurso de los demandados y estimó en parte el del demandante, estableciendo la cantidad indemnizatoria en veinticinco millones de pesetas. El TS, a pesar de acoger algún motivo del recurso, no da lugar a la casación.

NOTA.—Se confirma la cantidad indemnizatoria a pesar de darle la razón al recurrente en amparo por la doctrina de la neutralización decisoria. A pesar de aceptar la alegación de que la muerte del demandante, sucedida con posterioridad al recurso de apelación, no puede ser tenida en cuenta por la Sala para incrementar la cuantía como supuesto resultado de la publicación, y con ello eliminar del proceso todo hecho *ex post* que lo afecte, conserva la cuantía indemnizatoria porque la considera ajustada al daño de difamación y desmerecimiento del interesado en la consideración ajena provocado por la noticia publicada. (L. A. P. M.)

9. Derecho a la intimidad personal.—En la colisión entre los derechos fundamentales al honor y la intimidad (art. 18 CE) y las libertades, también fundamentales, de expresión e información (art. 20 CE), el valor preferente de la libertad de información no es absoluto y su legitimidad radica no sólo en que la noticia transmitida sea veraz, sino que también se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiera. En el supuesto enjuiciado lo que fue objeto de grabación, aunque sea veraz, no está dotado de la relevancia pública y por este motivo prevalece el derecho constitucional a la intimidad personal.

El TS entiende en esta sentencia que la grabación de la voz del recurrente puede resultar lícita, debido a que la protección a la propia voz opera en nuestro ámbito jurídico en el supuesto del artículo 7.6 de la LO 1/1982, de 5 mayo (en igual sentido la STC de 29 de noviembre de 1984 y la STS de 17 de junio de 1999), sin embargo, la ilicitud surge cuando en un momento posterior la grabación ha sido aprovechada por otra persona o medio, una revista, que la publicó sin contar con el consentimiento del que recurre, y es esta actuación *ad extra* lo que constituye un efectivo ataque a la intimidad. Lo que conforma conducta contraria al artículo 18.3 CE (que garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial las telefónicas) es el uso externo y útil que vino a hacer de la misma la revista sin respetar el secreto que el precepto garantiza (FD 1.º).

En esta sentencia, el TS señala que constituye una intromisión ilegítima en la intimidad personal hacer pública una conversación telefónica desarrollada en forma privada que carece de relevancia pública. El Tribunal tomó en consideración el hecho de que el actor no provocó la conversación, confiaba en que se mantuviese en el ámbito de la privacidad, y además que la conversación no se mantuvo con personal de la revista *Cambio 16*.

El concepto de intimidad personal se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada (FD 1.º). (STS de 22 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. P. interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que se solicita que se declare la existencia de intromisión ilegítima en su intimidad como consecuencia de la grabación de una conversación telefónica, mantenida con don Javier de la R., en la que éste decía que «dejara esta semana tranquilos a los primos y a Boyer». La mencionada conversación se desarrolló en el ámbito de la privacidad y posteriormente, la revista *Cambio 16* la publicó sin el consentimiento del recurrente. Don Antonio A. P. solicitó una indemnización de veinte millones de pesetas por los daños y perjuicios morales causados, así como la publicación de la sentencia estimatoria que se dictare. El Juzgado de Primera Instancia estima la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del demandante y condena a la parte demandada a pagar diez millones de pesetas en concepto de indemnización, así como a publicar en la revista el fallo de la sentencia.

Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta revoca la sentencia y don Antonio A. P. recurre en casación ante el TS.

NOTA.—En la sentencia anotada, el TS mantiene la consolidada línea jurisprudencial que sostiene que la libertad de información

prevalece sobre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE sólo cuando la información sea veraz y esté referida a asuntos de interés, relevancia o notoriedad pública (en este sentido, SSTC de 2 de diciembre de 1988, 5 de mayo de 2000, y SSTS de 31 de julio de 1995, 8 de marzo de 1999 y 4 de marzo de 2000, entre otras).

En lo referente al concepto de intimidad, el TC señaló en la S de 2 de diciembre de 1982 que la intimidad es un ámbito reducto en el que se veda que otros penetren, de ahí la protección que constitucionalmente se le otorga a fin de evitar las injerencias arbitrarias en las vidas privadas censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. (*M. C. L. J.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Concepto de autocontrato.—El autocontrato es aquella figura jurídica que se produce cuando una sola voluntad hace dos manifestaciones jurídicas económicamente contrapuestas, es decir, cuando una persona contrata consigo misma actuando de un lado como parte interesada y por el otro como representante de otro sujeto.

Validez del autocontrato.—Un autocontrato es válido cuando no existe un conflicto de intereses o hay un consentimiento anterior o una ratificación posterior del interesado. Existe un consentimiento anterior cuando en el poder del representante se recoge la posibilidad que este realice autocontratos. Esta autorización anterior debe ser clara pero no se exige que haya de cumplir unos requisitos formales especiales, sino que es suficiente con que se observen los requisitos exigidos para el poder. Si existe una autorización anterior para celebrar el autocontrato, el interesado renuncia a la posibilidad de denunciar el contrato celebrado y no es necesario que haya una ratificación posterior del contrato.

Simulación de contrato.—No existe simulación absoluta de compraventa por falta de precio cuando sobre el bien vendido recaen cargas que reducen su valor. (*STS de 12 de junio de 2001*; ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco era administrador único de la sociedad *Canteras Gastronomía* y compró para sí un bien de la sociedad, actuando como representante de la sociedad. Posteriormente, don Francisco vendió la finca adquirida a doña Su-Ryun. La sociedad interpuso sendas demandas en las que solicitaba la declaración de nulidad de la compraventa celebrada entre la sociedad y don Francisco y de la compraventa celebrada entre don Francisco y doña Su-Ryun. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declaró la nulidad de las compraventas, ya que no considera probada la existencia de una autorización previa para celebrar el autocontrato. Don Francisco interpone recurso de casación ante el TS, que es estimado, ya que se considera que el recurrente tenía una autorización previa concedida por la Junta general de la sociedad para celebrar el contrato de compraventa consigo mismo. (*M. V. V.*)

11. Error sustancial. Requisitos.—De la aplicación conjunta del artículo 1266 CC y de la doctrina jurisprudencial se extrae la necesaria concurrencia de dos requisitos para apreciar la existencia de un error sustancial: la excusabilidad (entendida como inevitabilidad del error, aplicando una diligencia normal o media) y la esencialidad (referida a la relevancia, importancia decisiva → constitución como base y finalidad del negocio— de aquel elemento sobre el que recae el error).

Doctrina de la compensación judicial. Contenido.—Esta doctrina, consolidada por el TS en numerosas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTs de 7 de junio de 1983, 17 de mayo de 1984, 2 de febrero de 1989, 9 de abril y 30 de diciembre de 1994, 1 de febrero, 8 de junio y 27 de diciembre de 1995, 8 de junio de 1998 y 18 de enero de 1999), se configura como una especie de compensación que no requiere todos los elementos que se establecen en el Código civil para la compensación legal. Su aplicación —que no altera el objeto del proceso, ni exige postulación procesal— se produce como resultado de un proceso, cuando la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia.

Infracción de normas de interpretación del contrato. Invocación en casación.—Para que prospere en casación un motivo que tenga su base en la infracción de las normas de interpretación contractual, deberá demostrarse, según el TS, que la interpretación que contiene la sentencia de instancia es contraria a la ley, absurda, equivocada o ilógica, por no ajustarse a las reglas de la razón o al buen sentido. No será suficiente, pues, que se ofrezca otra interpretación alternativa, aunque sea más probable o verosímil.

Efecto devolutivo del recurso de apelación.—Tal efecto supone la recuperación por parte del órgano *ad quem* del conocimiento íntegro del asunto en sus aspectos fáctico y jurídico. El nuevo conocimiento queda únicamente restringido por el principio dispositivo y por el sistema de apelación limitada. Así, mientras que el principio dispositivo impone las limitaciones que derivan de la expresión latina *tantum appellatum, quantum devolutum*, así como de la prohibición de *reformatio in peius*, el sistema de apelación limitada veda el *ius novorum*, si bien esta última restricción se ve matizada por las excepciones fácticas de las *nova reperta* (art. 862.3.º y 4.º LEC), por el principio *iura novit curia* (con su ámbito limitado de operatividad) y por la apreciación de oficio por razones insoslayables de orden público procesal.

Efecto positivo de jurisdicción. Contenido.—Conforme a este principio, el órgano *ad quem* debe asumir las funciones de instancia para conocer del fondo del asunto, siempre que no haya un vicio en el procedimiento por el cual deban retrotraerse las actuaciones al momento procesal correspondiente. Rige en casación cuando es posible su aplicación (art. 1715.1.3.º LEC). (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Construcciones Porsellanes, S. A., y Sondeos Gandía, S. L.*, acuerdan la realización de una perforación sobre un terreno para el alumbramiento de aguas subterráneas. Dicha perforación es realizada por *Sondeos Gandía S. L.*, obteniéndose un caudal determinado de agua. Posteriormente, otras dos entidades (*Oasis Park de la Costa Blanca, S. A., y Mediterráneo Residencial, S. A.*) se subrogan en la posición de *Construcciones Porsellanes, S. A.*, comprometiéndose a liquidar todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito. *Mediterráneo Residencial, S. A.*, procede a tal liquidación, pero no así *Oasis Park de la Costa Blanca, S. A.*, la cual adeuda cierta cantidad a *Sondeos Gandía S. L.* Tras estas ope-

raciones, habiendo quedado agotados los efectos del contrato de perforación inicialmente suscrito, éste se resuelve y *Sondeos Gandía S. L.*, celebra un contrato de compraventa con las otras dos entidades por el que les cede todos sus derechos sobre el pozo a cambio de un precio que queda determinado. El pozo, sin embargo, resulta improductivo.

Oasis Park de la Costa Blanca, S. A., y *Mediterráneo Residencial, S. A.*, formulan sendas demandas solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado, así como la restitución del precio pagado. *Sondeos Gandía S. L.*, reconviene la demanda de *Oasis Park de la Costa Blanca, S. A.*, reclamando la cantidad que le adeudaba por la subrogación en la posición de *Construcciones Porsellanes, S. A.*, en el contrato de perforación inicial. Las demandas se acumulan.

El Juzgado de Primera Instancia aprecia de oficio la excepción dilatoria del artículo 533.6 LEC, absolviendo a los demandados y desestimando igualmente la reconvencción. Habiendo apelado esta sentencia las dos demandantes y la reconviniente, la Audiencia Provincial estima tanto las demandas de primera instancia, como la reconvencción, aplicando a esta última una compensación respecto de las cantidades adeudadas por ambas partes. Este fallo es recurrido por *Sondeos Gandía S. L.*, ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

12. Concepto y validez del reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda es aquel reconocimiento en virtud del cual se considera existente una deuda contra la persona que la reconoce. El reconocimiento de deuda es una figura válida y lícita permitida por el principio de autonomía privada reconocido en el artículo 1255 CC. Este reconocimiento tiene efectos vinculantes para la persona que lo realiza y sirve como medio de prueba o permite que no se exija prueba alguna contra quien reconoce.

La causa en el reconocimiento de deuda.—El reconocimiento se puede hacer de forma abstracta, de manera que tan sólo tiene eficacia probatoria, o bien puede tener una causa que lo justifica, de modo que tiene eficacia constitutiva. Si tiene eficacia constitutiva significa que el reconocimiento no es tan sólo un medio de prueba que puede usar la otra parte, sino que también da por existente una situación de débito contra el sujeto que realizó el reconocimiento. Si el reconocimiento no tiene una causa, de acuerdo con el artículo 1276 CC, el reconocimiento será válido si se funda en otra causa verdadera y lícita. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Javier, trabajador de la sociedad *B y T Asociados Financieros*, realizó varias operaciones económicas en interés de un cliente de dicha sociedad que supusieron la producción de pérdidas económicas. La sociedad *B y T* interpuso demanda en la que reclamaba la cantidad que don Javier le adeudaba por la realización de dichas operaciones, ya que existía un reconocimiento de deuda por parte del demandado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial. El demandado interpuso recurso de casación ante el TS, ya que consideraba, entre otros motivos, que el reconocimiento de deuda realizado tenía una causa falsa o inexistente y que se había aplicado de

forma indebida la doctrina sobre el reconocimiento abstracto de deuda. El TS desestima el recurso porque considera que la causa del reconocimiento se encuentra en las pérdidas sufridas por las operaciones realizadas por don Javier.

NOTA.—El demandado recurre la sentencia de la Audiencia Provincial porque considera que admite, de forma contraria a la jurisprudencia mayoritaria, la validez del reconocimiento abstracto de deuda. Según el recurrente, el reconocimiento de deuda tenía una causa falsa, de manera que era nulo. La jurisprudencia admite una abstracción meramente procesal de la causa (por ejemplo, STS de 23 de diciembre de 1999), en virtud de la cual, aunque en la declaración de voluntad no figure la causa, se presume su existencia y licitud, de modo que quien reconoció la deuda debe probar su inexistencia o ilicitud. Sin embargo, la admisión de esta abstracción procesal no supone la admisión de los negocios abstractos, ya que el reconocimiento será válido cuando haya un débito existente a cargo del que reconoce, aunque la existencia de este débito no figure en el reconocimiento. El TS, en el presente caso, admite que la sentencia de la Audiencia Provincial no precisa con claridad si recoge la doctrina sobre el reconocimiento abstracto de deuda, si considera que nos encontramos ante una inexpressión de la causa o si existe una causa falsa que esconde otra causa lícita. Sin embargo, el TS considera que el reconocimiento de deuda manifiesta de forma expresa cuál es su causa (las deudas surgidas de las pérdidas sufridas en determinadas operaciones económicas) y que ésta es lícita. (M. V. V.)

13. Imposibilidad de alegar cuestiones de hecho en el recurso de casación directo.—En el recurso de casación directo sólo pueden discutirse cuestiones jurídicas.

Diferencias entre el contrato de compraventa y la promesa bilateral de venta.—Según reiterada jurisprudencia, es posible la existencia independiente de la promesa de venta y de la compraventa a pesar de la aparente asimilación que hace el artículo 1451.1.º CC entre ambos negocios jurídicos cuando hay acuerdo respecto del precio y la cosa vendida. Así, en el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella, mientras que en la promesa de venta las partes están de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato obligándose a la prestación de un futuro consentimiento dirigido a la celebración de un contrato de compraventa posterior.

Promesa de venta. Su incumplimiento no implica indemnización por lucro cesante.—En la promesa de venta no existe una expectativa directa de contar en el patrimonio con el objeto de dicha promesa, por lo que el incumplimiento de ésta no puede dar lugar a lucro cesante. (STS de 11 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el mes de marzo de 1992 *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, realizó una promesa de venta de dos pisos a *A. S. R. y Apointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros*, quedando la venta pospuesta a la obtención por estos últimos de los correspondientes préstamos. Dicho edificio fue vendido en su totalidad y en forma unitaria en escritura pública el 3 de julio de ese mismo año. Tras la resolución unilateral de la promesa de venta por

parte de la oferente, A. S. R. y *Aprointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros* recibieron la indemnización del daño emergente tras seguirse el correspondiente procedimiento judicial.

Posteriormente A. S. R. y *Aprointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros* interpusieron demanda sobre reclamación de daños y perjuicios contra *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, alegando la existencia de lucro cesante, puesto que sus respectivos patrimonios se habían visto disminuidos en la «diferencia del precio convenido en la promesa de venta y el valor de mercado de cada uno de los pisos, estos últimos notablemente superior a los primeros» (*sic*). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, interponiéndose recurso de casación directo contra dicha sentencia.

NOTA.—La sentencia analizada adopta la tesis denominada clásica o tradicional del precontrato, puesto que entiende que será necesario prestar un nuevo consentimiento para la celebración del contrato. Tal y como ponen de relieve Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil, V, II*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 69) parece más adecuado entender, siguiendo al profesor Federico de Castro, que en el precontrato la relación contractual se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración, reservándose ambas o una de ellas la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor. El precontrato, por tanto, da derecho a cualquiera de las partes a exigir a la otra el cumplimiento de lo pactado, no la prestación de un nuevo consentimiento, puesto que éste ya se prestó en el momento de la celebración del precontrato. Así se deriva, además, de la dicción literal del artículo 1451 CC, en el que se dispone que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para *reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato* [...]».

En relación con el recurso de casación directo, debe advertirse que la LEC 1/2000 no lo contempla, ya que el artículo 477.2 LEC dispone que «serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales [...]» (en este sentido, Villagómez Cebrián, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 188). (B. F. G.)

14. Cláusula de sumisión litigiosa en los contratos celebrados con consumidores.—En un contrato celebrado con consumidores debe tenerse en cuenta la doctrina de la Sala que recoge, entre otras, la STS de 19 de mayo de 1999, al explicar que en el estudio de las cláusulas abusivas de los contratos, hay que partir de la Directiva 93/13, Comunidad Económica Europea del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusula abusiva en los contratos suscritos por los consumidores), que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios. En el artículo 3 del texto comunitario se definen las cláusulas abusivas, al expresar que son aquellas que no se han negociado individualmente, pese a la exigencia de buena fe, causando, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las par-

tes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

Regla general a seguir para dirimir la sumisión litigiosa en los contratos.—Debe resolverse la cuestión conforme resulte de los fueros generales subsidiarios, a falta de sumisión expresa que, en el caso es el del lugar de celebración de contrato, puesto que la venta se entiende realizada en el lugar de destino y puesta a disposición de los géneros. (STS de 24 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se planteó una cuestión de competencia por inhibición ante un Juzgado de Primera Instancia de Linares para el conocimiento de un juicio de cognición promovido ante un Juzgado de igual clase de Barcelona a instancia de la entidad *Planeta Crédito, S. A.*, por incumplimiento de contrato entre un particular y la editorial Planeta. El Juzgado de Primera Instancia de Linares acordó desistir del requerimiento de inhibición, recurrido el auto ante la Audiencia Provincial de Jaén, ésta dictó auto acordando estimar el recurso de apelación y declaró que la competencia para conocer del juicio de cognición interpuesto por la entidad *Planeta Crédito, S. A.*, correspondía a los Juzgados de Linares. (E. S. M.)

15. Calificación del contrato.—El tema de la calificación contractual, que sirve para establecer la naturaleza del contrato y qué normas jurídicas han de aplicársele y, mediatamente, qué efectos derivan de la voluntad de los contratantes, forma parte de la interpretación contractual (SS de 30 de mayo y 15 de diciembre de 1992, 9 de abril de 1997, 14 y 17 de mayo de 2001, entre otras), por lo que el planteamiento en casación ha de efectuarse en los mismos términos que la labor hermenéutica, y en el caso ocurre que no se menciona como infringido ningún precepto relativo a la misma, por lo que difícilmente cabría sentar una conclusión distinta de la del juzgador de instancia, al que, además, como reiteradamente viene declarando esta Sala, le está atribuida como función soberana la interpretación de los negocios jurídicos, sólo revisable en casación cuando es ilógica, arbitraria o vulneradora de los preceptos legales.

Negocio fiduciario. *Fiducia cum creditore*. Normativa aplicable.—La DA 7.ª de la Ley 26/1998, de 29 de julio, que contiene la regulación legal del arrendamiento financiero no es aplicable a la denominada venta en garantía. Si la calificación jurídica del contrato de autos es de venta en garantía, no cabe aplicarle una doctrina jurisprudencial que se refiere a otra figura jurídica, y con otra función económica social o práctica.

Negocio fiduciario. Relación con la simulación contractual.—En el caso la aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente, operó prácticamente con una función fiduciaria —*fiducia cum creditore*—. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparenta una operación jurídica —inválida por no querida— que oculta otra figura jurídica con función económico-social o práctica distinta —existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz, si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico— (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario, función ésta, con finalidad de garantía, cuyas líneas maestras se recogen en la S de esta Sala de 26 de abril de 2001 (núm. 413/2001, Rec. 1052/96) de

cuya resolución se deduce que el fiduciante sólo transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien, por lo que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido (sólo aparentemente). (STS de 17 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*N. C. Leasing, S. A.*, celebró con *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, y *Expoluz de Publicidad Exterior, S. A.*, diversos contratos mediante los cuales la primera se obligaba a ceder a la segunda ciertas carteleras publicitarias para que la tercera las colocase en las paredes del Metro de Barcelona. *Expoluz* dejó de pagar ciertas cantidades a la primera, por lo que ésta resolvió los contratos y le solicitó que le restituyese las carteleras cedidas. Ante la negativa de ésta, la primera ejercitó judicialmente contra las otras dos la acción declarativa de dominio sobre dichas carteleras, además de la acción de cumplimiento contra *Expoluz*. *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, formuló reconvencción para que los contratos fueran nulos y las carteleras de su propiedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona estimó la demanda y condenó a *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, a restituir las carteleras a la demandante. La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de *F. C. Metropolità de Barcelona*, pero conservó la condena a *Expoluz*. Según esta sentencia, la transmisión de la propiedad de las carteleras se hizo con una finalidad fiduciaria (*fiducia cum creditore*). La demandante recurrió esta sentencia en casación, porque a su juicio la operación realizada por las partes era un arrendamiento financiero o *leasing*. Su argumentación no convence al TS, que desestima el recurso.

NOTA.—Para la sentencia, el hecho de que la operación realizada por las partes tenga una función de garantía es suficiente para entender que no se trata de un arrendamiento financiero o *leasing* sino de una venta en garantía. Sin embargo, la doctrina entiende que el *leasing* cumple idéntica función en la medida en que la sociedad de *leasing* se reserva la propiedad del bien que cede (por todos, Antonio Cabanillas Sánchez, «*Leasing* (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3921). Al rechazar la calificación como *leasing*, el TS expropia a la sociedad de *leasing* y deja sin contenido su garantía frente al incumplimiento de la usuaria. En definitiva, la sentencia perfila una preocupante tendencia del TS, contraria a la autonomía de este contrato (véase también S de 22 de junio de 2001, extractada *infra*). (A. R. G.)

16. Legitimación del tercero para ejercitar la acción de nulidad.—Una persona que no ha sido parte en un contrato está legitimada para ejercitar la acción de nulidad radical cuando tenga un interés jurídico en ese contrato, es decir, cuando se vea afectado por él. (STS de 23 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco de Santander y la sociedad *Antonsa, S. A.*, celebraron un contrato de cuenta de crédito. La sociedad *Antonsa, S. A.*, vendió determinadas fincas a doña Rosalva, esposa del administrador de la sociedad. El Banco de Santander interpuso demanda contra *Antonsa, S. A.*, doña Rosalva y su esposo, en la que solicitaba

la declaración de nulidad de dichos contratos de compraventa o su rescisión por ser contratos celebrados en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos de compraventa. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por los demandados, éstos interpusieron recurso de casación ya que consideraban que el demandante no estaba legitimado activamente para ejercitar la acción de nulidad. El TS desestima el recurso porque considera que el Banco tiene interés en el reintegro de los bienes vendidos al patrimonio de la sociedad demandada para poder hacer efectivo su derecho de crédito. (M. V. V.)

17. Legitimación para ejercitar la acción de nulidad.—Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos tanto los obligados en virtud del mismo como los terceros a quien perjudique o los derechos de los cuales puedan ser vulnerados por la relación contractual. Si el contrato era simulado y con causa ilícita, la declaración de nulidad la puede solicitar cualquier persona afectada por ella.

Simulación absoluta del contrato. Validez de la donación disimulada.—Cuando un contrato de compraventa oculta una donación, nos encontramos ante un contrato con causa falsa. El contrato simulado será nulo a no ser que se pruebe que tiene otra causa verdadera y lícita (art. 1276 CC). Para que la donación encubierta por una compraventa sea válida, se exige que cumpla los requisitos de forma del artículo 633 CC y que no tenga una causa ilícita, como, por ejemplo, defraudar los derechos de los acreedores del donante. (STS de 12 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Aránzazu, menor de edad, compró la nuda propiedad de una finca, mientras sus padres adquirían el usufructo. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad radical de la compraventa realizada por doña Aránzazu, ya que consideraba que se trataba de una compraventa simulada que tenía como finalidad defraudar los derechos de crédito a su favor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial, ya que consideraban que la menor no tenía patrimonio suficiente para adquirir la nuda propiedad de aquella finca, de modo que los padres habían realizado una donación a su hija y esta donación tenía una causa ilícita. Los demandados interpusieron recurso de casación ante el TS, ya que consideraban que la compraventa realizada por la hija no tenía como finalidad defraudar a la Administración Tributaria ni tenía una causa falsa. El TS desestima el recurso porque considera que la compraventa simulaba una donación que tenía como finalidad poner fuera del alcance de la Administración Tributaria determinados bienes, de modo que se perjudicaban los derechos de crédito de esta administración. (M. V. V.)

18. Ratificación tácita de un contrato.—El artículo 1259, párrafo 2.º, CC establece que la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, si tiene lugar antes que el negocio sea revocado por la otra parte contratante, purifica el contrato desde su origen. Este precepto no recoge expresamente la ratificación tácita, pero la

jurisprudencia ha considerado en diversas ocasiones que cuando el interesado realiza un comportamiento que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, nos encontramos ante un supuesto de ratificación tácita que convalida el contrato. (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Hergasa, S. A.*, y don Nicanor celebraron un contrato de opción de compra de una nave industrial, que formaba parte de la herencia yacente de la esposa de don Nicanor, de la cual eran herederas sus hijas doña Dolores y doña Elena. La sociedad *Hergasa* interpuso demanda contra don Nicanor y la herencia yacente de su esposa, representada por sus herederas, en la que solicitaba que se declarase válido el contrato de opción de compra y la obligación de los demandados de otorgar escritura pública de compraventa de dicha nave industrial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa y a indemnizar los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato pudiese haber causado. Don Nicanor y doña Elena interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estimó parcialmente al considerar que no se habían causado daños y perjuicios que se hubiesen de indemnizar. *Hergasa* y doña Elena interpusieron sendos recursos de casación ante el TS. El TS desestimó el recurso de doña Elena, al considerar que había ratificado tácitamente el contrato de opción de compra celebrado por su padre al entregar, por ejemplo, el aval de una póliza de crédito. El TS también desestimó el recurso interpuesto por *Hergasa*, porque consideró que no se puede diferir para la fase de ejecución la determinación de la existencia de daños. (M. V. V.)

19. Solidaridad tácita. Supuestos: se da no sólo cuando deriva de la propia relación contractual, sino también cuando existe yuxtaposición de culpa contractual y extracontractual.—La doctrina de esta Sala ha elaborado el concepto jurídico de solidaridad tácita, en cuanto actúa flexibilizando la rigidez legal del artículo 1137 CC, que surge cuando del contexto de la relación contractual y obligaciones contraídas se infiere tal concurrencia, conforme declara el artículo 1138 CC en su inicio (STS de 2 de diciembre de 1996, que cita las SSTs de 26 de julio de 1989, de 29 de abril de 1991 y de 26 de enero de 1994). Asimismo, la solidaridad tácita también tiene lugar en los supuestos de yuxtaposición de culpa contractual y extracontractual, al completar ésta a aquélla (STS de 8 de julio de 1996).

Principio *in illiquidis non fit mora*. Matizaciones.—La doctrina de esta Sala en la cuestión contiene matizaciones del principio *in illiquidis non fit mora*, al declarar que en los supuestos como el presente en que conste la existencia de una deuda a favor del actor y a cargo del demandado, aunque se rebaje la cantidad concedida, ésta ha de reputarse subsistente al tiempo de su exigencia judicial, pues con anterioridad a la sentencia ya pertenecía al acreedor (SSTS de 18 marzo de 1994, de 26 de junio de 1995, de 24 de septiembre de 1998 y de 11 de septiembre de 1999).

Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima. Naturaleza de responsabilidad extracontractual. Requisitos. Prescripción: plazo y cómputo del mismo.—La responsabilidad de los administradores frente a los terceros reviste naturaleza extracontractual, por no existir vínculo contractual relacionante y sí el genérico contenido en el principio *naeminem laedere*;

tratándose de responsabilidad personal de los administradores y no de la sociedad, su procedencia exige la concurrencia necesaria de los presupuestos siguientes: *a)* daño ocasionado en los intereses de los legitimados que ha de ser estimable, y *b)* que provenga de abuso de facultades, malicia o negligencia grave de los administradores. El plazo prescriptivo de un año que establece el artículo 1968.2 CC es aplicable a las acciones de naturaleza extracontractual contra los administradores, es decir, el supuesto tenido en cuenta por el artículo 81 LSA (hoy art. 135 de la actual Ley), y así lo han declarado las SSTs de 31 de mayo de 1992 y de 2 de junio de 1999. Para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1969 CC, de manera que la acción nace cuando pueda realizarse el derecho que con ella se actúa, lo que implica que se tenga conocimiento cabal del resultado que motiva la acción; sin que se exija necesariamente que resulte precisado el importe líquido del daño. (STS de 31 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se ejercitaron distintas acciones y se solicitó, en último extremo, la condena solidaria de los demandados, unos como transmitentes, mediante compraventa, de las acciones de determinadas sociedades anónimas, al no haberse cumplido lo pactado, y otros como administradores de dichas sociedades, cuya negligente gestión había ocasionado daños al actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba dictó otra estimando el recurso de apelación interpuesto por el actor. El TS casó y anuló dicha sentencia y ordenó a la mencionada Audiencia dictar una nueva. La Audiencia Provincial dictó nueva sentencia en la que volvió a estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante. Los demandados recurren en casación. El TS da lugar al recurso y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia. (L. A. G. D.)

20. Artículo 1214 CC: carga de la prueba. Criterios de aplicación y requisitos para su alegación en casación.—El artículo 1214 CC contiene una regla de juicio dirigida al Juez con la finalidad de indicarle en los casos de incerteza fáctica si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria. El requisito indispensable para la aplicación de dicho precepto es, pues, la presencia de la duda después de que se haya desarrollado una mínima labor probatoria del litigio. El recurso de casación por infracción de dicho precepto se permite únicamente cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de dicha regla.

Facultad moderadora de la pena ex artículo 1154 CC.—En los casos en los que se haya estipulado un cláusula penal, el Juez podrá mitigar la pena pactada por los contratantes cuando la obligación haya sido en parte o irregularmente cumplida. La modificación de la pena deberá llevarse a cabo según criterios de equidad y con apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes. Si bien dicha facultad es ilimitada y no está sujeta a casación, al ser el artículo 1154 CC un precepto imperativo de obligada observancia, su inaplicación por la Sala de instancia lleva a la casación de la sentencia; quiere ello decir que es revisable en casación la calificación sobre si hubo o no incumplimiento o si de haberlo fue o no total. (STS de 9 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 16 de septiembre de 1989, R. M. C. transmitió a A. O. P. y a M. R. R. una industria de fabricación de objetos de hor-

migón prensado. La operación se llevó a cabo mediante cuatro contratos: tres de compraventa, de los que interesa destacar dos que tenían como objeto la industria y parte de la maquinaria respectivamente, cuyo precio debía ser satisfecho en plazos mensuales, y uno de arrendamiento de local de negocio. En virtud de uno de los contratos de compraventa, el vendedor debía ser contratado como encargado. Asimismo, se estipulaba que el impago de la cantidad de los plazos convenidos implicaría la «rescisión» automática del contrato teniendo la consideración de indemnización de daños y perjuicios las cantidades abonadas hasta el momento del impago. También se acordó que la ejecución de obras quedaría sometida al consentimiento escrito del propietario. Parece que queda acreditado que la irregular conducta de R. M. C. como encargado llevó a problemas de organización y rendimiento en la explotación del negocio.

En agosto de 1991 los compradores dejaron de cumplir la obligación de pago de los plazos mensuales, por lo que el 11 de septiembre de 1991 R. M. C. les requirió notarialmente para instarles al cumplimiento de lo estipulado advirtiéndoles que de no hacerlo tendría por resuelto el contrato. El 24 de septiembre de 1991, A. O. P. y M. R. R., optaron por la resolución mediante otro requerimiento notarial.

R. M. C. demandó a A. O. P. y a M. R. R. solicitando el pago de las mensualidades debidas desde agosto de 1991 hasta noviembre de ese mismo año y del importe correspondiente a las existencias iniciales de materiales, así como la indemnización de daños y perjuicios. Los demandados interpusieron demanda reconventional reclamando el pago de determinadas cantidades que les adeudaba el actor por, entre otras, realización de obras. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la demanda reconventional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. El demandante interpone recurso de casación alegando infracción del artículo 1214 CC y aplicación indebida de los artículos 1152 y 1154 CC.

NOTA.—Téngase en cuenta la derogación del artículo 1214 CC por la DD única de la LEC 2000. Puede afirmarse que el contenido del precepto derogado se encuentra actualmente en el artículo 217 LEC que, además, en su apartado 1.º contempla expresamente el requisito de la duda en el juzgador exigido por la sentencia comentada para aplicar la regla contenida en el artículo 1214 CC en el momento en que se dicta la sentencia. (B. F. G.)

21. Abono de intereses de mora. Deuda de cantidad no líquida. Cambio en la jurisprudencia.—A partir de la S de 13 de octubre de 1997 (a la cual precedieron, marcando este mismo camino, las SSTs de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994), la doctrina judicial sobre intereses de mora en el caso de deudas de cantidad no líquida se flexibiliza, con el fin de lograr la máxima protección de los derechos del acreedor y la completa satisfacción de sus intereses. Frente a la doctrina anterior, por la cual el abono de intereses sólo procedía desde la firmeza de la sentencia que resolvía la cuestión relativa al montante definitivo de la deuda, la nueva doctrina jurisprudencial establece el abono de intereses de mora desde el momento en que se produjo la exigencia judicial de la suma adeudada. El razonamiento del TS

que justifica este cambio parte de la consideración de que no resulta justo que sea el deudor quien se haga con los frutos civiles o intereses que producen las cosas (fungibles o dinerarias) que éste debía haber entregado anteriormente al acreedor. Tal aprovechamiento por parte del deudor, incluso, podría llegar a calificarse de «enriquecimiento injusto», ya que para tal calificación basta con que un sujeto obtenga una ganancia indebida (que vendría constituida por los frutos civiles o intereses de la cantidad que el deudor está obligado a pagar), sin que sea necesario además la comisión de un acto ilícito o la existencia de mala fe. (STS de 8 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Un acreedor interpone demanda contra sus deudores, solicitando la condena al pago de la suma adeudada más los intereses legales de mora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, frente a lo cual interponen los deudores recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a los deudores al pago de la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. Frente a este fallo, recurren de nuevo los deudores en casación, alegando la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1100 y 1108 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

22. Doctrina del *aliud pro alio*.—Considera el TS (STS de 2 de septiembre de 1998) que esta entrega de una cosa por otra —supuesto distinto al de entrega de cosa defectuosa (arts. 336 y 342 CCO, en relación con el art. 1490 CC)— concurre siempre que hay un pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido. Éste sufre algún tipo de defecto que le impide cumplir la finalidad o utilidad para la que se vendió, provocándose con ello la insatisfacción objetiva del comprador. En estos casos deberá acudir a la protección de los artículos 1101 y 1124 CC.

Prueba de peritos. Valoración judicial.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 16 de octubre de 1998 y 18 de mayo de 1999), la prueba de peritos es de apreciación libre, de manera que el juzgador puede valorarla según su propio criterio, sin que deba atenerse a reglas preestablecidas. En este sentido, el TS ha manifestado en diversas sentencias (sirvan de ejemplo las SSTS de 9 de octubre de 1981, 19 de octubre de 1982, 13 de mayo de 1983, 9 de junio y 12 de noviembre de 1988 y 11 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989) que no pueden invocarse los artículos 1242 y 1243 CC como reglas de interpretación de este tipo de prueba, dado que la valoración de la misma queda únicamente sometida a las reglas de la sana crítica.

Prueba de peritos. Impugnación en casación.—La doctrina jurisprudencial (SSTS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991) únicamente admite la impugnación en casación de la valoración de este tipo de prueba cuando la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o a las más elementales directrices de la lógica.

Invocación del artículo 1256 CC en casación.—No puede invocarse en casación la vulneración del artículo 1256 CC, pues se trata de un precepto de carácter genérico, salvo que vaya acompañado de otros preceptos más específicos. Así lo señala el TS en las SS de 12 de julio y 29 de noviembre de 1997. (STS de 14 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra un contrato de compraventa entre dos entidades mercantiles, en virtud del cual la vendedora se compro-

mete a entregar a la compradora una serie de cintas transportadoras que esta segunda debía colocar en la construcción de una maquinaria para montaje de automóviles. Una vez entregadas e instaladas las cintas transportadoras, la maquinaria no funciona, al sufrir las cintas algún tipo de defecto. La entidad compradora no paga la totalidad del precio pactado en el contrato de compraventa, ante lo cual la vendedora interpone demanda reclamando el pago del precio restante. La compradora reconviene a la demanda, solicitando la condena de la vendedora al pago de otra cantidad monetaria por los defectos que sufren las cintas transportadoras.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, deduciendo de la cantidad que debe pagar la compradora, la correspondiente a la valoración de los defectos de las cintas transportadoras. Ambas entidades recurren esta sentencia y la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda y desestimando la reconvencción. Siendo recurrida en casación esta sentencia por la entidad compradora, el TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

23. Control casacional de la prueba pericial y de su valoración.

Requisitos.—La prueba de peritos no es prueba documental y se encuentra fuera del control casacional, salvo en aquellos supuestos en los que la conclusión pericial pueda calificarse de ilógica o se omitan datos que no figuren en el informe. La valoración del órgano de instancia, por otra parte, sólo podrá ser casada cuando tergiversarse las conclusiones de forma ostensible o falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas.

Percimiento de un motivo de casación por partir de conclusiones fácticas distintas a las de instancia.—El motivo de casación que parte de conclusiones fácticas diferentes a las de instancia y hace supuesto de la cuestión, está destinado a perecer.

Responsabilidad contractual. Prescripción: plazo y *dies a quo*.—El plazo prescriptivo de la responsabilidad contractual es de quince años. En los derechos de crédito vencidos, la prescripción comienza por el simple incumplimiento de la prestación debida por parte del deudor, sin que sea preciso que se produzca alguna lesión. Tal *dies a quo* debe ser fijado por el juzgador de instancia porque el artículo 1969 CC no es un precepto de derecho imperativo. En el caso concreto resuelto por la sentencia analizada, el plazo comienza a correr desde la entrega de la cosa en la recepción provisional, ya que es en dicho momento cuando la parte que recibe la prestación contractual tiene el deber de su examen debiendo comprobar si servía a los fines pretendidos. (STS de 19 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de noviembre de 1971, *Europa Tenerife, S. A.*, y *Dragados y Construcciones, S. A.*, celebran un contrato para la construcción de un hotel, que comienza a finales de 1971, entrando en servicio en diciembre de 1974. En 1975 se produce la transmisión del hotel a *Europa Tenerife, S. A.*, mediante escritura pública. Posteriormente, se celebraron diversas reformas en las plantas superiores, así como la elevación de una nueva planta.

El 5 de abril de 1990 se produce el desplome del paño de forja correspondiente al nivel tres, produciendo la rotura de dos vanos

del tercer forjado situado en la segunda planta. Dicho siniestro ocasionó una víctima y obligó al completo desalojo del hotel.

Tenerife, S. A., interpone demanda contra *Construcciones y Dragados, S. A.*, solicitando la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, alternativamente por daños causados culposa o negligentemente y, subsidiariamente, con la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, resolución que la Audiencia Provincial de Madrid revoca, absolviendo a la demandada. La Audiencia entiende que el siniestro citado tuvo lugar como consecuencia de las diversas reformas realizadas por los actores en el edificio y que la acción ejercitada por la actora ha prescrito, puesto que han transcurrido quince años desde la entrega provisional del hotel. (*B. F. G.*)

24. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291.3.º CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Concurrencia de otros recursos legales para obtener la reparación de los perjuicios causados.—El requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria no se da en este caso, pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392 CC)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), si el artículo 1401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 CC establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la liquidación y partición de herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no hubiese formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiese formulado (art. 1084 CC), en el presente caso no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 RH, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en SS de 14 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989. Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, se han infringido los artículos

del Código civil y la reiterada doctrina de esta Sala que los interpreta, lo que conduce a la estimación del motivo.

La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros.—La estimación procede igualmente respecto al tercer motivo, en que se denuncia aplicación indebida del artículo 1317 CC en relación con el 1373 del mismo cuerpo legal, pues la correcta aplicación del citado artículo 1371 (*rectius*, 1317) no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala *a quo* y en este sentido se pronuncian las SS de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987, según las cuales la pervivencia de la responsabilidad ganancial, no obstante las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio, «no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales, y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario al fin de hacerse efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones ya que el precepto que se supone violado consagra una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna». En el presente caso no se da ese requisito de subsidiariedad, característico de la acción rescisoria, por cuanto existen en poder del cónyuge no deudor los bienes que le fueron adjudicados al hacerse la liquidación de la sociedad de gananciales sobre los que, en su caso, podrá hacerse efectivo el derecho de crédito que aduce el actor, de acuerdo con el artículo 1317 CC y la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia transcrita. (STS de 6 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—José V. G. celebró un contrato de préstamo con Juan S. A. Posteriormente este último y su esposa, Carmen S. B., otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que establecieron un régimen de separación de bienes. En la liquidación de la sociedad de gananciales vigente hasta entonces los mismos acordaron adjudicar a Carmen S. B. algunos bienes inmuebles y dos automóviles. El mismo día, Juan S. A. vendió otras fincas a sus hijos María del Carmen y Juan S. S. Interpuesta demanda de rescisión de las capitulaciones y la compraventa por haberse celebrado en fraude de acreedores, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por José V. G. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

25. Acción rescisoria. Requisitos de ejercicio.—La doctrina jurisprudencial referida al ejercicio de la acción rescisoria requiere para el éxito de su ejercicio la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado; *b)* realización de un acto o contrato posterior que hace salir el bien del patrimonio enajenante y *c)* propósito defraudatorio de enajenante y adquirente del bien que sale del patrimonio del deudor. Además, del conjunto de las pruebas debe resultar que los acreedores no pueden cobrar lo que se les debe y carecen de otro recurso legal.

Acción rescisoria. Insolvencia del deudor.—La acreditación de insolvencia del deudor no exige que haya de promoverse pleito previo; dicha insolvencia no necesariamente debe ser total, siendo suficiente la existencia de una

minoración económica provocada que supone un real y persistente daño al acreedor o acreedores.

Insolvencia y fraude. Cuestiones de hecho.—La determinación de la insolvencia y de la ausencia o presencia de fraude son cuestiones de hecho.

Donación de bienes inmuebles en favor de los hijos. Presunción *iuris tantum* de fraude.—En virtud de lo dispuesto por el artículo 1297.I CC, una donación de inmuebles a los hijos se presume fraudulenta aun cuando los donantes se hayan reservado el derecho de usufructo. Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Usufructo vitalicio. Valor económico en relación con los acreedores.—El usufructo vitalicio no es un valor económico que pueda realizarse con facilidad y que presente virtualidad para que los acreedores puedan realizar sus créditos.

Sujeción de los bienes gananciales a las resultas del comercio.—Los artículos 6.7 y 11 CCO exigen que para que los bienes gananciales respondan de las obligaciones contraídas por el cónyuge dedicado al negocio exista consentimiento del otro, consentimiento que no tiene por qué ser expreso; el tácito tiene lugar cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa. A estos efectos, es irrelevante la falta de conocimiento a fondo de la marcha del negocio.

Condición de bien ganancial del negocio.—El régimen de bien ganancial se proyecta sobre todos los beneficios o ganancias obtenidos indistintamente por cualquiera de los esposos.

Subrogación: no se presume.—La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse; se requiere, por el contrario, que conste con claridad.

Ejercicio de las acciones del perjudicado por el asegurador.—El asegurador puede ejercitar los derechos y acciones del perjudicado únicamente cuando ha pagado el total de la indemnización. El asegurador que ha realizado un pago parcial carece de legitimación *ad causam* puesto que no se produce la subrogación. Una vez satisfecha enteramente la indemnización, el asegurado está obligado a ceder al asegurador, cuando éste lo solicite, el crédito que tenga contra el deudor. (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—J. H. H. y su esposa, M. J. C. L. S. donaron a sus hijos una finca, reservándose el derecho de usufructo vitalicio. *Disconte canarias, S. A., Copvenca, S. A., Litoraffia Romero, S. A., Casa Iborra, S. A., Jumaco, S. Coop Ltda., y Coneplas C. H., S. A.*, eran acreedores de J. H. H. por deudas derivadas del negocio al que éste se dedicaba con conocimiento de su esposa. La compañía aseguradora de J. H. H. había pagado parcialmente dichas deudas a los citados acreedores. Estos últimos interponen demanda contra el matrimonio y sus hijos solicitando el pago de las deudas, así como la «resolución» de la donación efectuada por los esposos a favor de los hijos. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda. (B. F. G.)

26. Acción revocatoria o pauliana. Subsidiariedad.—Según precisa el TS, el requisito de la subsidiariedad de esta acción debe entenderse referido a la posibilidad de pago y, por tanto, a la existencia de bienes en poder del deudor suficientes para la satisfacción de lo reclamado. Como indica la STS de 31 de octubre de 1994, para poder acudir a la acción revocatoria o pauliana

no es necesario, pues, que el deudor esté en situación de insolvencia total, sino que es suficiente con que los bienes que posee no basten para satisfacer las deudas. En todo caso, para excluir la legitimidad de esta acción, es el deudor quien debe señalar la existencia de bienes suficientes para satisfacer lo reclamado. (STS de 20 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En los años 1988 y 1989 el *Banco Zaragozano* otorga a la entidad mercantil *Viuda de Antonio de Toledo, S. A.*, sendas pólizas de crédito que se cierran en 1990 con saldos deudores. El *Banco Zaragozano* formula demanda de juicio ejecutivo, del que resulta sentencia de remate, mandando seguir la ejecución y requiriendo de pago al deudor. Aproximadamente un mes después de dicho requerimiento, los deudores venden varias fincas —que habían permanecido en su propiedad desde 1976— a diversos parientes, procediendo a inscribirse tales transmisiones en el Registro de la Propiedad. Posteriormente se lleva a efecto la diligencia de embargo.

El *Banco Zaragozano* interpone demanda contra los deudores y los compradores de las fincas, solicitando la revocación de los contratos de compraventa por haber sido realizados en fraude de acreedores, así como la cancelación de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad a favor de los compradores. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara que las compraventas se realizaron en fraude de acreedores. Recurrída la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Frente a este fallo, los demandados interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

27. Artículo 1203 CC: novación modificativa.—Debe entenderse que todos los supuestos previstos en el artículo 1203 CC son de novación modificativa o impropia, no extintiva, salvo que, tal y como se refleja en el artículo 1204 CC, las partes manifiesten terminantemente otra cosa o la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.

Interpretación restrictiva del artículo 1156 CC.—A la luz de lo dispuesto en los artículos 1203 y 1204 CC, se ha visto notablemente reducido el alcance de la afirmación contenida en el artículo 1156 CC, según la cual las obligaciones se extinguen por la novación.

Novación subjetiva. Asunción de deuda cumulativa.—Es cumulativa la asunción de deuda que se produce como consecuencia de una novación subjetiva consentida por los acreedores en atención a que existe una responsabilidad solidaria de los cedentes (primitivos deudores) con los cesionarios; dicha novación subjetiva no elimina la primitiva obligación, sino que la absorbe e integra, teniendo, por tanto, una eficacia meramente modificativa, no extintiva.

Falta de legitimación de los demandados para pedir la condena de los codemandados.—Los demandados y condenados no tienen legitimación para solicitar la condena del codemandado en el mismo proceso, puesto que no han deducido ninguna pretensión contra el mismo. (STS de 24 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de diciembre de 1990 los hermanos H. C. vendieron el pleno dominio de una casa de su propiedad a don J. J. y a don R. M., consejeros delegados de *Adarves del Castillo, S. L.*, en

documento privado. La parte del precio que correspondía a I. H. y a M.^a R. H. (dos de los hermanos H. C.) debía ser satisfecha mediante la transmisión, en pleno dominio y libres de cargas y gravámenes, de determinadas fincas independientes y plazas de aparcamiento en el edificio que se proyectaba construir tras la demolición de la casa enajenada.

Destaca la cláusula tercera del citado documento, en la que se establecía que la escritura pública de compraventa de las tres partes indivisas de la casa de los vendedores se otorgaría, bien a favor de don J. J. y don R. M., bien a favor de las personas físicas o jurídicas que los compradores designaren; estos últimos quedarían obligados de forma solidaria con las personas a quienes cedieran su derecho al cumplimiento del contrato, salvo que se pactara otra cosa por escrito entre las partes contratantes (hermanos H. C. y don J. J. y don R. M.).

El 2 de febrero de 1991 se otorgó la escritura pública prevista en el documento privado, compareciendo I. H. y M.^a R. H., por una parte, y *Adarves del Castillo, S. L.*, por otra. En dicha escritura se hizo constar la permuta según lo ya previsto en el documento privado, insistiendo especialmente en la entrega de los bienes a I. H. y M.^a R. H. sin carga, hipoteca o gravamen alguno. Las cargas e hipotecas que tuviese que establecer *Adarves del Castillo, S. L.*, sobre todo el edificio por exigencias de financiación de la obra, deberían quedar totalmente canceladas por cuenta de la sociedad al procederse a la entrega de los bienes. La escritura pública de entrega se otorgaría una vez finalizada la edificación proyectada. No consta que con posterioridad a dicho documento privado se otorgase algún otro entre I. H. y M.^a R. H., por una parte, y J. J. R. y R. M. M., por otra.

El 11 de marzo de 1994 se otorgó la escritura pública de cumplimiento de obligación y compraventa en la que se materializaba la entrega a I. H. y a M.^a R. H. de las fincas independientes que les correspondían, comprometiéndose la sociedad a la cancelación de la hipoteca y al reembolso de los pagos que aquéllos tuvieran que realizar por amortización e intereses de los préstamos hipotecarios que dicha entidad había solicitado. En la cláusula VI de la escritura pública se disponía expresamente el mantenimiento de la plena vigencia de las estipulaciones contenidas en la escritura de 2 de febrero de 1991 que no hubiesen sido cumplimentadas o modificadas por la de 11 de marzo de 1994.

Ante el incumplimiento de las obligaciones de cancelación de cargas y reembolso de amortizaciones e intereses estipulados en los documentos anteriormente mencionados, I. H. y M.^a R. H. demandaron a la sociedad *Adarves del Castillo, S. L.*, así como a los herederos de R. M. M. y J. J. R., solicitando la condena solidaria de los demandados al cumplimiento; asimismo se solicitaba el abono de los intereses legales devengados por las sumas desembolsadas por los demandantes. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, condenando a los herederos de R. M. M. y J. J. R. y excluyendo del pronunciamiento a la sociedad demandada. Los herederos de los condenados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

28. La novación objetiva no implica una novación subjetiva.—El artículo 1203.1.º CC admite la modificación de las obligaciones por variación de su objeto. El pacto por el que se autoriza a la vendedora a sustituir la habitación de hotel objeto del contrato de compraventa por un paquete de acciones equivalente no comporta un cambio de deudor mediante sustitución de la vendedora por quienes en aquel momento fueran titulares de las acciones. Por tanto, la obligada a la entrega del paquete de acciones sigue siendo la vendedora.

Validez de la venta de cosa ajena.—La naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa implica que el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato, sino que se obliga a entregarla (arts. 1445 y 1450 CC). Ello implica que la venta de cosa ajena es válida; ante este tipo de supuestos, el comprador tiene diversas posibilidades: exigir el cumplimiento, resolver el contrato por incumplimiento del vendedor o anularlo por la concurrencia de error o dolo.

Ratificación del artículo 1727 CC.—El artículo 1727 CC atribuye efectos vinculantes a la ratificación realizada por el representado. En el supuesto de hecho de la sentencia analizada, la ratificación estaba constituida por el envío de una carta a la compradora en la que la sociedad vendedora se declaraba obligada a cumplir con el pacto llevado a cabo por su representante. (STS de 7 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 12 de enero de 1977, doña A. G. G. celebró un contrato de compraventa con el representante de *Turinsa, S. A.*, cuyo objeto estaba constituido por la habitación 707 situada en el Hotel *Meliá Sierra Nevada*, libre de cargas y gravámenes. El precio fue satisfecho en su integridad. La existencia sobre todo el inmueble de una hipoteca en garantía del crédito concedido a *Turinsa, S. A.*, llevó a las partes a celebrar un nuevo contrato de compraventa el 11 de abril de 1980 por el que doña A. G. G. adquiría la habitación núm. 706 por un determinado precio, pagando una parte del mismo y subrogándose en las hipotecas que gravaban las habitaciones 706 y 707. Al final de dicho contrato se recogió un pacto especial, en virtud del cual la compradora aceptaba que la compraventa inmobiliaria se convirtiera en ese momento en compraventa de acciones de *Turinsa, S. A.*, que representasen una participación idéntica a la que le correspondería a la habitación 706 en la comunidad de propietarios. En el propio pacto se especificaba que éste afectaba también a la habitación objeto del contrato anterior, es decir, a la núm. 707.

El 9 de abril de 1981, *Turinsa, S. A.*, envió una carta a la compradora por la que se obligaba a titular las acciones a nombre de ésta. El TS destaca que el titular de las acciones no era *Turinsa, S. A.*, sino sus accionistas. En 1986 los hoteles *Meliá, S. A.*, fueron transmitidos a *Administración Hotelera Meliá, S. A.* El 16 de octubre de 1992 la compradora demandó a *Turinsa, S. A.*, y a J. C. S. de la C. y C. S. G. (del relato de los hechos no se deduce quiénes sean estos últimos). La demandante solicitaba la entrega del título definitivo de las acciones correspondientes a la habitación 706 o equivalente; el título definitivo de la habitación 707 ya le había sido entregado.

El Juzgado de Primera Instancia, desde la perspectiva de la validez de venta de cosa ajena, estima la demanda condenando a *Turinsa, S. A.*, y absolviendo a los otros dos demandados que habían sido

declarados en rebeldía. La Audiencia Provincial confirma la sentencia, calificando el ya citado pacto especial de «suscripción de acciones» y apreciando la existencia de una novación del contrato de compraventa, puesto que su primitivo objeto constituido por una habitación había sido sustituido por la suscripción de acciones. La demandada, *Turinsa, S. A.*, recurre en casación alegando la existencia de una novación subjetiva, la no vinculación de la sociedad vendedora con la compradora por haber aceptado el compromiso el representante de dicha sociedad a título personal y la falta de titularidad de la sociedad sobre las acciones que habían sido transferidas a la compradora-recurrente. (B. F. G.)

29. Resolución unilateral en contratos de duración indeterminada.—En los casos de resolución unilateral de relaciones contractuales en las que no se ha pactado un plazo de duración de la relación contractual, ni de preaviso, la indemnización de daños y perjuicios sólo tiene lugar cuando éstos se prueban y la resolución ha tenido lugar sin justa causa o con abuso de derecho. (STS de 13 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1987, *Distribuidora Arbesu, S. L.*, y *El Comercio, S. A.*, celebran un contrato de distribución mediante pacto verbal sin estipular plazo de preaviso. La distribuidora tenía la exclusividad para una zona determinada. El 9 de septiembre de 1995 *El Comercio, S. A.*, resuelve unilateralmente el contrato, habiéndose producido el preaviso por carta de 5 de enero de 1995. La resolución se funda en la incorporación del periódico a un grupo editorial con distribuidores propios.

La entidad distribuidora interpone demanda contra la empresa editorial exigiendo la indemnización de daños y perjuicios causados por la decisión de la editora de poner fin a la relación contractual entre ambas. La entidad demandada formula reconvencción para que se condene a la actora al pago de determinada deuda. En primera instancia se desestima la demanda y se estima parcialmente la reconvencción. En apelación se confirma la sentencia de instancia.

Distribuidora Arbesu, S. L., interpone recurso de casación alegando que la editorial faltó a la buena fe contractual al dar por concluida su relación con la recurrente de forma sorpresiva. (B. F. G.)

30. Doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Puede dar lugar sólo a la revisión del contrato.—Es doctrina jurisprudencial pacífica (SSTS de 6 de febrero de 1992, 23 de abril de 1991 y 10 de diciembre de 1990, entre otras) que la modificación por el órgano jurisdiccional del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base del negocio y ruptura del equilibrio de las prestaciones, debe realizarse de manera excepcional y con gran cautela, puesto que implica una alteración del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica. El órgano jurisdiccional deberá comprobar, por ello, que se cumplen los siguientes requisitos: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las existentes al tiempo de su celebración; b) desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de ambas partes que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones y c) que todo ello acontezca por sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Indemnización de daños y perjuicios por negligencia.—Es negligente la conducta de aquel que facilita una finca sin cerciorarse debidamente de la bondad de su titularidad, con el efecto de no ser idóneo el inmueble para alcanzar la finalidad perseguida por la otra parte contratante. Dicha negligencia distorsiona y altera el cumplimiento del contrato y acarrea daños y perjuicios a la otra parte contratante.

Indemnización de daños y perjuicios. Delimitación.—No son indemnizables los perjuicios no acreditados debidamente, así como los gastos innecesarios o ajenos al capítulo de que se trata. (STS de 20 de febrero de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 6 de marzo de 1989 la entidad *Parque Ávila, S. A.*, adquirió a *EPSA* un derecho de superficie por setenta y cinco años y una opción de compra sobre una parcela segregada de una finca registral que, según la descripción registral, lindaba por el oeste con la carretera nacional 340 de acceso a Gibraltar. En la escritura pública de adquisición, posteriormente inscrita en el Registro de la Propiedad, se estableció el canon anual que debía satisfacer *Parque Ávila, S. A.*, por la adquisición de dichos derechos, así como el valor de la opción de compra. El destino de los terrenos estaría constituido por el uso previsto en el planeamiento urbanístico, estando obligada la adquirente a solicitar la licencia municipal de obras en el plazo de un año desde la fecha de la escritura pública, así como a iniciar la construcción en los tres años siguientes a la obtención de la licencia.

El 6 de octubre de 1992, Patrimonio del Estado ejercitó en una misma demanda acción reivindicatoria contra *EPSA* y acción negatoria contra *Parque Ávila, S. A.*, en relación con la parte de parcela sobre la que esta última había adquirido los derechos citados. A solicitud del demandante, el 6 de marzo de 1992 se practicó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, no pudiendo, por tanto, *Parque Ávila, S. A.*, llevar a cabo las construcciones previstas en una de las cláusulas del contrato. El Juzgado de Primera Instancia apreció la existencia de doble inmatriculación de la finca objeto de la demanda, debida a una inexactitud registral propiciada por la Junta de Andalucía de la que *EPSA* traía causa; en primera instancia se condenó a esta última a indemnizar el *valor* de los terrenos y se absolvió a *Parque Ávila, S. A.*, por apreciar en ella la condición de tercero hipotecario.

Posteriormente, *Parque Ávila, S. A.*, promovió demanda contra *EPSA* interesando la resolución del contrato por grave alteración de las circunstancias y, subsidiariamente, la revisión del mismo reduciendo el precio de venta de la parcela y del canon anual y dejando sin efecto la obligación de pagar dicho canon por el tiempo transcurrido durante el período de vigencia de la anotación preventiva de la demanda interpuesta por Patrimonio del Estado. Se solicitaba también la indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo en cambio estimada parcialmente en apelación en el sentido de suprimir el canon anual por derecho de superficie durante el período de vigencia de la anotación preventiva de demanda citada. *Parque Ávila, S. A.*, interpone recurso de casación solicitando la resolución del contrato en aras de la quie-

bra de la base del negocio, así como la indemnización de daños y perjuicios.

NOTA.—La cuestión que plantea la sentencia analizada es si resulta aplicable la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato como el del presente supuesto de hecho, por el que se constituye un derecho real de superficie. La STS de 6 de octubre de 1987 declaró a este propósito que el derecho de superficie «por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (...) está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente (cláusula *rebus sic stantibus* y quiebra de la base del negocio) que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del derecho de obligaciones». Nótese, sin embargo, que, como en todo derecho real, puede apreciarse un aspecto obligacional en el derecho de superficie, aspecto al que le sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*. (B. F. G.)

31. Prohibición de autocontratación ex artículo 1459.2.º CC.—La finalidad perseguida por el artículo 1459.2.º CC, que prohíbe al mandatario, por sí o por persona intermedia, la compra de los bienes de cuya administración o enajenación estuviese encargado, consiste en evitar el enriquecimiento del mandatario en detrimento del patrimonio del mandante. Dicho precepto persigue, por tanto, el interés privado del propietario, pero no intereses generales o públicos.

Fundamento de la prohibición de autocontratación.—El artículo 1459.2.º CC prohíbe la autocontratación por el mero hecho de ser mandatario, sin requerir el cumplimiento de ninguna condición ulterior ni sentar ninguna presunción favorable al mandatario que deba destruir el mandante. Este último, por tanto, no tiene la carga de probar la existencia de conflicto de intereses si quiere anular el contrato en el que se aprecie autocontratación.

Naturaleza dispositiva del artículo 1459 CC.—El artículo 1459 CC no tiene naturaleza imperativa, como demuestra el propio legislador al permitir en el artículo 267 CCO la autoentrada del comisionista. Es además doctrina reiterada de la Sala 1.ª del TS que el mandante puede autorizar previamente la autocontratación o ratificar posteriormente lo hecho por el mandatario.

Aplicación del artículo 1259 CC al autocontrato.—En el autocontrato se produce un supuesto de contratación a nombre de otro sin su autorización, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 1259 CC.

Inversión de dinero ganancial. Artículo 1375 CC.—En virtud del artículo 1375 CC para la gestión y disposición de los bienes gananciales están legitimados ambos cónyuges siempre que los dos consientan. Ello implica que para la inversión de dinero ganancial y, en concreto, para la compra de determinadas fincas para la sociedad de gananciales, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

Inadmisión del planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación.—Los principios de contradicción y audiencia de la parte contraria impiden la admisión del planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación. (STS de 19 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—M. L. C. G. celebró como compradora varios contratos de compraventa privados con su esposo P. O. D. que actuaba en nombre y representación de *Urbanizaciones «V»*, S. A. Dicha

adquisición se produjo para la sociedad de gananciales constituida por M. L. C. G. y P. O. D.

M. L. C. G. demandó a *Urbanizaciones «V», S. A.*, solicitando la elevación a escritura pública de los citados contratos de compraventa. La demandada formuló reconvencción en la que solicitaba la declaración de nulidad de dichos contratos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar la reconvencción declarando la nulidad de los contratos. (B. F. G.)

32. Ámbito de aplicación del artículo 1504 CC: cláusula resolutoria por falta de pago del precio en la venta de bienes inmuebles.—El artículo 1504 CC es un precepto complementario del artículo 1124 CC, pero de exclusiva aplicación al incumplimiento consistente en la falta de pago del precio en las ventas de bienes inmuebles.

Supuesto de aplicación del artículo 1124 CC.—El artículo 1124 CC sólo es invocable cuando, junto a otros requisitos, exista una situación de incumplimiento contractual que no sea debida a un incumplimiento de la propia parte accionante.

Sentidos posibles del aquietamiento de la parte demandada.—El aquietamiento en el escrito de contestación a la demanda de resolución por incumplimiento puede ser entendido como allanamiento, es decir conformidad con la pretensión actora, o como conformidad con la extinción del vínculo contractual. Esto último determinaría la concurrencia de *mutuo disenso*.

Requisitos de la declaración judicial de resolución. Inidoneidad de la excepción.—Para que la resolución sea declarada judicialmente es requisito indispensable el previo ejercicio de la acción, salvo que se trate de una resolución convencional. Aunque la resolución contractual se produce extrajudicialmente, en caso de existir resistencia por alguno de los contratantes es necesaria la postulación procesal mediante demanda o reconvencción, sin ser idónea al efecto la vía de la excepción. (STS de 6 de octubre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—O. T. L. y M. P. G. N. demandaron a *Tesorrag, S. A.*, solicitando la «rescisión» del contrato de compraventa de tres fincas celebrado el 13 de enero de 1992, así como la reintegración de seis millones de pesetas en concepto de arras duplicadas o de daños y perjuicios en caso de considerar que en el contrato no existiese cláusula de arras; las actoras alegaban incumplimiento contractual de la demandada-vendedora. La entidad demandada contestó planteando la existencia de un incumplimiento contractual por parte de las actoras al no haberle sido pagado en su totalidad el precio de la compraventa; *Tesorrag, S. A.*, solicitaba, por ello, la apreciación de la resolución del contrato con base en los artículos 1124 CC y 1504 CC. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda. La Audiencia, sin embargo, declara que no existe incumplimiento por parte de la vendedora-demandada, pero que hubo un aquietamiento a la pretensión de las actoras en el escrito de contestación a la demanda. La demandada interpone recurso de casación. (B. F. G.)

33. Requerimiento resolutorio. Demanda interpuesta solicitando la resolución.—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 30 de diciembre de 1955, 28 de febrero de 1980, 22 de noviembre de 1994 y 26 de diciembre de 1996), es necesario que, previamente a la demanda interpuesta reclamando la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por impago del precio, se haya producido un requerimiento en el sentido del artículo 1504 CC. Este requerimiento no queda cumplido con la propia demanda, ya que con ello no se cumple el carácter receptivo (*sic*) del requerimiento dispuesto por el artículo 1504 CC. Por el contrario, ha de realizarse de forma diferente y previa a la demanda, porque es el antecedente en la disolución del vínculo contractual en el cual se manifiesta la voluntad del vendedor de resolver el vínculo por impago del precio y tiene el valor de una intimación dirigida a que el comprador se allane a resolver la obligación y no le ponga obstáculos. (STS de 6 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de una finca transmite su propiedad, a través de contrato de compraventa, a un comprador. El contrato, inicialmente recogido en documento privado, se eleva más tarde a escritura pública. Posteriormente, el vendedor solicita ante los tribunales la resolución de este contrato por incumplimiento doloso del comprador, así como la devolución de las prestaciones recíprocas y una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, frente a lo cual interpone recurso de apelación el comprador demandado. Este recurso es estimado por la Audiencia Provincial, que revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda. Acude entonces el vendedor ante el TS en casación, alegando la infracción de los artículos 1504 y 1124 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

34. Levantamiento del velo de la personalidad jurídica.—La doctrina jurisprudencial del adentramiento en la personalidad jurídica de los entes societarios, conocida y reiterada, parte de que las sociedades implicadas permanezcan vinculadas con afinidades e intereses convergentes, por responder a un entramado común (S de 7 de abril de 2001, entre otras muy numerosas), no tratándose aquí de sociedades de un mismo grupo ni que *Sanitaria Leasing, S. A.*, se hubiera probado tuviera algún poder de decisión en *EXO, S. A.*, o viceversa.

Condiciones generales de la contratación en el contrato de seguro.—No se trata de decidir la nulidad radical de la cláusula limitativa por su incorporación en las condiciones generales, con deficiencias respecto al conocimiento cabal y aceptación expresa por el asegurado, conforme a la doctrina de esta Sala de Casación civil (SS de 17 de octubre de 1985, 9 de febrero y 10 de junio de 1994, 29 de enero de 1996 y 7 de diciembre de 1998, entre otras), dada la imperatividad del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Partes del contrato.—Resulta ausente en la relación la figura del tercero, correspondiente al proveedor, pues el propio contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), en términos normales se integra con tres personas: una, el que suministra el bien (proveedor), otra, la financiera-arrendadora, que haciéndose cargo del mismo, dispone en favor de tercero (arrendatario), a quien se financia (tercer interviniente) (SS de 30 de abril de 1991, 7 de febrero de 1995 y 26 de febrero de 1996).

Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Naturaleza jurídica y estructura.—En el orden jurídico no se configura la confluencia de dichos intervinientes como un solo negocio jurídico, sino que se dan dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexiones y coligados en correlación, y así existe una relación de compraventa por el que la sociedad de *leasing* adquiere del proveedor o fabricante los bienes previamente seleccionados por el usuario y el propio arriendo financiero con opción de compra por el valor residual fijado en el contrato, y mediante el cual la entidad financiera cede por un período determinado de tiempo la posesión y disfrute de dichos bienes al usuario-arrendatario mediante contraprestación dineraria fraccionada (SS de 22 de mayo de 1992 y 20 de febrero de 1996).

Las situaciones jurídicas referidas no contradicen, pues más bien se acomodan al artículo 19 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de enero, en cuanto define de modo genérico las operaciones de arrendamiento financiero, así como a la DA 7.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio (parcialmente modificada por Ley de 14 de abril de 1994, que adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), y contiene la regulación sustantiva del contrato de *leasing*.

Contrato de *lease-back*.—En los contratos de *lease-back* desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 CC, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aun en la forma simbólica de *solo consensu* (art. 1463 CC), pero, en todo caso, es necesario, y determinante, dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño, lo que no ocurre en el caso de autos, pues no se demostró de forma suficiente y convincente —el contrato no lo refleja— que hubiera mediado la necesaria compraventa previa o simultánea (SS de 1 de febrero, 1 y 17 de marzo y 20 de noviembre de 1988 y 16 de mayo de 2000), y no basta para ello las apreciaciones periciales ni la denominación que las partes dieran al negocio, pues los contratos son los que son y su calificación viene configurada por lo que resulta efectiva y realmente pactado, y en este caso lo que se convino fue una operación financiera para obtener *EXO, S. A.*, dinerario, dentro del ámbito amplio del préstamo simple o mutuo, y por ello, no incluido en la póliza suscrita con *Crédito y Caución, S. A.* (STS de 22 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 23 de junio de 1988, *Sanitaria Leasing, S. A.*, y *EXO, S. A.*, concluyeron un contrato en virtud del cual la primera cedía en arrendamiento a la segunda determinadas máquinas. Se daba la circunstancia de que el director de la primera sociedad era al mismo tiempo presidente del Consejo de Administración de la segunda. La primera celebró además un contrato con la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, para asegurar el riesgo derivado de la realización de operaciones de arrendamiento financiero por parte de la primera con terceras personas. A pesar del impago de la arrendataria, la compañía aseguradora se negó a pagar por entender que la operación quedaba excluida de la cobertura del seguro. *Sanitaria Leasing, S. A.*, interpuso entonces demanda contra ella. Si bien el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Zaragoza la estimó parcialmente y condenó a la demandada a pagar una parte de la suma reclamada, ambas partes recurrieron en apelación y la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial

de Zaragoza desestimó la demanda. La demandante recurrió en casación. El TS rechaza que entre *Sanitaria Leasing, S. A.*, y *EXO, S. A.*, existiese una comunidad de intereses, en la medida en que se trataba de sociedades de capital y no personalistas. Por este motivo, el Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia y confirma la de primera instancia.

NOTA.—La cuestión de la calificación contractual carecía de importancia práctica en este caso, dado que al final la sentencia acaba haciendo responder igualmente al tercero asegurador por el incumplimiento de la empresa usuaria de los bienes cedidos. A pesar de ello, la sentencia plantea al menos dos aspectos para la discusión. Primero, cabe dudar de que el *sale and lease back* (cf. notas en *ADC* 1999-III, p. 1311 y 2000-I, p. 325) sea el único supuesto en que el *leasing* tiene estructura bilateral y no trilateral, pues acaso también sea *leasing* aquel contrato en que el cedente del bien es el propio fabricante o la sociedad de *leasing*, que lo conserva de una operación de *leasing* anterior (véase Mathias Habersack, «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,» Bd. III, *Leasing*, München, Beck, 1993, *Rdnr.* 8, p. 479). Y segundo, la calificación como préstamo, adoptada por la sentencia, no parece ajustarse a la operación efectivamente realizada por las partes, en la medida en que lo que se concedió no fue un crédito sino el uso de unas máquinas (véase Antonio Cabanillas Sánchez, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, 41-120, p. 54). (A. R. G.)

35. Incendio de inmueble arrendado. Alcance del artículo 1563 CC. Presunción en contra del arrendatario.—El TS ha reconocido reiteradamente (SSTS de 10 de marzo de 1971, 24 de septiembre de 1983, 8 de abril de 1985, 7 de junio de 1988 y 9 de noviembre de 1993, entre otras) que el artículo 1563 CC establece una presunción *uris tantum* de culpabilidad del arrendatario para los supuestos de pérdida o deterioro de la cosa arrendada. Estima el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, la pérdida o deterioro le es imputable, en principio, si bien podrá eximirse de responsabilidad probando que tal pérdida o deterioro no es debido a culpa suya y que actuó con la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso. Este principio de responsabilidad del arrendatario supone la aplicación de los principios generales en materia de contratación, concretamente del artículo 1183 CC. Afirma igualmente el TS que el citado precepto ha merecido especial atención en la doctrina respecto al caso de incendio «al que unánimemente se entiende aplicable». (STS de 12 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía, don Alfredo B. F., arrendador de un local comercial, solicita que se condene solidariamente a la mercantil arrendataria y a su compañía de seguros a indemnizar al actor el importe de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incendio sufrido en el local arrendado. El incendio se produjo en el interior del local comercial en el que la entidad arrendataria venía desarrollando su actividad industrial. Queda probado que con anterioridad ya se habían producido conatos de incendio motivados por cortocircuitos en la instalación eléc-

trica, sin demostrar que la sociedad arrendataria adoptara al respecto medida alguna o que comunicara lo acontecido al arrendador.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

36. Interpretación del artículo 114.7.^a de la LAU de 24 de diciembre de 1964.—Como ya expuso la STS de 11 de febrero de 1993, el artículo 114.7.^a de la LAU de 1964 permite que se puedan realizar obras por el arrendatario cuando exista consentimiento pleno del arrendador y cualquiera que sea la índole de las mismas, aun cuando modifiquen la configuración de la vivienda o local de negocio. Las obras que no modifiquen la configuración ni debiliten la naturaleza o resistencia de los materiales empleados en la construcción no necesitan autorización, porque autorizar obras que no sólo no modifican ni debilitan sino que no exceden de las de mantenimiento o de mera conservación de la casa supondría reducir aún más lo que se puede hacer sin autorización.

Pasividad del arrendatario en la realización de reparaciones a las que estaba autorizado. Indemnización de daños y perjuicios improcedente.—El TS declara que si, habiendo transcurrido un dilatado período de tiempo el arrendatario no hace las reparaciones a que estaba autorizado, será porque no le interesaba el local para el uso o destino convenido, o bien porque adolece de la misma responsabilidad que achaca a los arrendadores respecto al mantenimiento y conservación. La pasividad prolongada durante años del arrendatario no puede pasar desapercibida e impide que se pueda atribuir un incumplimiento a la contraparte que pueda servir de base para la indemnización de daños y perjuicios. (STS de 10 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1953, dos hermanos, don Fermín A. S. y don José A. S. (padre y tío del demandante respectivamente), celebran un contrato de arrendamiento del local de propiedad de doña Margarita C. G. (madre de las demandadas) y de explotación del bar ubicado en el mismo. En abril de 1976, don Fermín A. S. insta al Ayuntamiento para que se requiriera a las arrendatarias, a fin de que efectuasen obras de reparación en el local anejo al bar que regentaba. En mayo de 1976, don Fermín y las demandadas suscriben un nuevo contrato de arrendamiento sobre dicho local y anejo, anulando el anterior y pactando que sólo se podrían hacer obras en el local arrendado con autorización expresa de las arrendadoras. Sin embargo, en el contrato nada se dice sobre el deterioro del anejo y su reparación. En octubre de ese mismo año, el citado inquilino manifiesta notarialmente a las arrendadoras que siguen existiendo desperfectos, los cuales, además, le impiden el uso del local anejo. En marzo de 1986, don Pedro José A. S. comunica por vía notarial a las demandadas que su padre ha fallecido y que se subroga en los derechos y en las obligaciones de su difunto padre, pero, de nuevo, no dice nada de los citados desperfectos. Queda demostrado que pese a los desperfectos existentes, ni el demandante ni su padre solicitaron la resolución contractual o la reparación, ni reclamaron los daños y perjuicios. Es más, en octubre de 1986 las citadas partes suscriben otra adición al contrato con la que las arrendadoras autorizan al arrendatario a realizar obras de

mejora y mantenimiento en el local arrendado. Incluso, posteriormente, el demandante se opone al expediente de declaración de ruina incoado por el Ayuntamiento que culmina en la declaración de ruina del local anejo. En mayo de 1992, el TS reconoce al demandante su derecho a disminuir a la mitad el importe de la renta que pagaba, como lo venía haciendo desde mayo de 1990, al no poder usar el anejo del local arrendado por esa declaración de ruina. En septiembre de 1992, el demandante recibe de las demandadas el 50 por 100 de las rentas que abonó desde mayo de 1990 a marzo de 1992.

Así las cosas, el demandante solicita en juicio de menor cuantía que se condene a las arrendadoras demandadas a abonarle una determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Al tratarse de un contrato celebrado en 1953, el TS aplica los artículos 107 y 114.7.^a LAU de 24 de diciembre de 1964, relativos a las reparaciones necesarias para conservar la vivienda o local arrendado en estado de servir para el uso convenido (art. 107) y a la facultad de resolución del arrendador cuando determinadas obras se realicen sin consentimiento del mismo (art. 114.7.^a). La LAU de 24 de noviembre de 1994 regula estos aspectos, respecto a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en los artículos 30 y 35 respectivamente. Pese a que estos preceptos se remiten a lo dispuesto para los arrendamientos de vivienda [arts. 21 y 27. 2. d)], puede observarse que existen pocas diferencias con la regulación de 1964: en ambas normas las obras necesarias para conservar el inmueble arrendado en condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido son de cargo del arrendador, y en ambas leyes se contempla como causa de resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendador, la realización de determinadas obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste era necesario. (*M. C. C. M.*)

37. Cualidad de cultivador personal. Exclusividad en su dedicación a la actividad agraria.—La acción de acceso a la propiedad prevista en el artículo 2.2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos exige inexorablemente la cualidad de cultivador personal del actor. No es posible afirmar que el actor reúne tal cualidad cuando las circunstancias personales, profesionales y laborales constatadas demuestran que realiza trabajos por cuenta ajena al margen de la explotación agraria. Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 27 de enero y 27 de julio de 1993 y 29 de octubre de 1999), en el cultivador personal ha de concurrir la nota de la exclusividad y no la simple preferencia en la dedicación agraria que corresponde al profesional de la agricultura. Así como el profesional de la agricultura tiene una dedicación preferente y no única a la agricultura, el llamado cultivador personal tiene una dedicación exclusiva, total e íntegra a la actividad agraria aunque matizada por las circunstancias que enumera el artículo 16 LAR. El cultivador personal es, en todo caso, profesional de la agricultura, pero no a la inver-

sa; es decir, no todo profesional de la agricultura es cultivador personal. (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis L. O., en calidad de arrendatario rústico histórico, interpone la acción de acceso a la propiedad de una casería y pertenecidos adscritos a la misma. La certificación de altas y bajas librada por la Tesorería de la Seguridad Social descubre que don Luis permaneció en distintos períodos dado de alta en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena, pues estuvo empleado en un Ayuntamiento y en una fábrica. Asimismo, la fiscalidad de las actividades del actor revela que la agricultura no es su fuente principal de ingresos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó y revocó la sentencia dictada en primera instancia, al considerar que el demandante carece de la cualidad de cultivador personal, cualidad habilitante del derecho de acceso a la propiedad de la finca arrendada. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

38. Inexistencia de Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos. Derecho a la tutela judicial efectiva.—Tiene declarado el TC (STC de 14 de diciembre de 1983) que es obligación ineludible de la Administración proceder a la constitución de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, de manera que, ante la actitud omisiva de aquélla, ha de considerarse inexigible el intento de conciliación ante una Junta Arbitral que no existe, pues la inactividad de la Administración no es base suficiente para que el Poder Judicial deje sin protección los derechos de los ciudadanos. A su vez, la STS de 30 de enero de 1986, recogiendo la doctrina anterior, afirma que no puede pretenderse la observancia de una norma cuya realización exige un desarrollo material —la futura constitución de un órgano por la Administración— que no se ha realizado, por lo que no nos encontramos ante una norma jurídica en sentido estricto, sino ante una mera ordenación necesitada de desarrollo práctico y no de interpretación judicial. Por consiguiente, remitir a la demandante a un arbitraje de imposible realización por inexistencia del órgano dispensador del mismo provoca la infracción del artículo 24.1 CE. (STS de 7 de noviembre de 2000; ha lugar al recurso de casación formulado por la demandante; no ha lugar al recurso interpuesto por los demandados.)

HECHOS.—La arrendataria rústica histórica de una finca interpone demanda solicitando se declare su derecho a acceder a la propiedad de la citada finca y ofrece pagar la cantidad que corresponda conforme a las normas establecidas en los números 2 y 3 del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos. Dicha pretensión la dirige contra el propietario y la usufructuaria de la finca en litigio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por entender que el arrendatario es el marido de la actora y no ésta, quien, por tanto, carece de legitimación activa. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia Provincial afirma que la titularidad del arrendamiento le corresponde a la actora, aunque termina desestimando el recurso de apelación al acoger la excepción de falta de conciliación preceptiva previa ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos.

Ambas partes interponen sendos recursos de casación contra la citada sentencia. La actora alega la imposible realización del arbitraje ante la falta de constitución del referido órgano. El TS declara haber lugar al recurso de casación formulado por la arrendataria y declara, igualmente, no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (M. C. C. M.)

39. Arrendamiento rústico histórico. Subrogación contractual.—Tiene declarado esta sala (STS de 13 de octubre de 1998) que en los arrendamientos rústicos históricos la subrogación contractual, sea por pacto contractual, sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionada por restricción alguna, ya que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones lo ha hecho, como es el caso de la legislación arrendaticia urbana respecto de la subrogación *mortis causa* en viviendas. Los contratos de arrendamientos rústicos tienen duración definida, y dicho aspecto no se desvirtúa por el hecho de que el legislador, de acuerdo con las conveniencias y necesidades sociales reflejadas en el sector concreto de la agricultura y con los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra y de su explotación, ordene prórrogas legales de los referidos contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza.

Interpretación del concepto arrendamientos de los «que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron», DT 1.º3.ª LAR.—El TS declara que el concepto de «pérdida de memoria por el que se concertaron» de la DT 1.º3.ª LAR engloba aquellas situaciones de arrendamiento, de cesión de una finca para su explotación agropecuaria, en las que no se puede establecer con certeza la fecha concreta del inicio de la citada relación arrendaticia. (STS de 27 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María I. I., titular de un arrendamiento rústico histórico, formula demanda en la que solicita que se declare el derecho de la misma a acceder a la propiedad de un caserío y ciertos terrenos, abonando al propietario una determinada suma de dinero. La demandante, actual arrendataria, es la tercera o cuarta sucesora en el arrendamiento del caserío que fue concertado en 1922.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, revocando parcialmente la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

40. Responsabilidad de los agentes de la edificación. Supuesto de aplicación de la solidaridad prevista en el artículo 1591 CC.—La solidaridad derivada del artículo 1591 CC se aplica en aquellos casos en los que resulta impreciso el grado de participación de los distintos intervinientes en la causación de la ruina, de tal manera que resulta imposible fijar las correspondientes cuotas de responsabilidad individualizada.

La solidaridad no implica litisconsorcio pasivo necesario.—En virtud del artículo 1144 CC en caso de responsabilidad solidaria se puede demandar a cualquiera de los deudores solidarios. El demandado no puede oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, sin perjuicio de las relaciones internas entre los interesados.

Motivos de casación. No procede la nueva valoración de la prueba practicada.—No es admisible admitir en vía casacional la solicitud de realizar una nueva valoración de la prueba, puesto que no se trata de una tercera instancia.

Concepto de ruina.—Dentro del concepto de ruina se incluye la física o material y la funcional; esta última es aplicable a los defectos y vicios de lo edificado que imposibilitan su utilización normal o lo hacen impropio para su habitual destino. La ruina funcional se configura como una violación contractual en cuanto a las condiciones convenidas para que las viviendas enajenadas puedan cumplir su función principal; es decir, en cuanto a su habitabilidad.

Responsabilidad de los promotores por ruina funcional *ex artículo 1591 CC.*—El promotor es responsable tanto por ruina funcional como por ruina material puesto que a los efectos del artículo 1591 CC la jurisprudencia le asimila al constructor. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio *Sando I*, demandó al promotor J. L. S. D., solicitando se condenase al demandado a realizar en el citado inmueble las construcciones, destrucciones o reparaciones necesarias para adecuar el edificio a lo previsto en el proyecto de obra. La comunidad demandante desconocía las responsabilidades individualizadas de cada uno de los agentes de la edificación y tampoco estaba en condiciones de determinarlas. El informe pericial, por su parte, resultaba teórico y genérico, de tal manera que ni detallaba ni cuantificaba las distintas posibles responsabilidades plurales. La excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado al haberse dirigido la demanda sólo contra él y no contra los demás agentes de la edificación, fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que, por tanto, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. Dicha sentencia fue revocada en segunda instancia en el sentido de estimar la demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que actualmente la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999 regula expresamente los distintos supuestos de ruina en su artículo 17. En relación con la responsabilidad de los agentes de la edificación, nos remitimos a los comentarios que realizamos en el *ADC*, tomo LIV, fascículo IV, a las sentencias relativas a este tema; baste recordar aquí que la doctrina mayoritaria entiende que la ley citada ha derogado implícitamente el artículo 1591 CC. (*B. F. G.*)

41. Responsabilidad decenal. Concepto de ruina. Vicio estético.—Evidentemente estamos ante un vicio ruinógeno, conforme a la doctrina jurisprudencial conocida de esta Sala, que resulta abierta respecto a lo que se ha de considerar como anomalías constructivas y si bien la pavimentación en este caso no se presenta como decisiva para la seguridad del edificio, sí afecta al uso cómodo de las viviendas al instaurar habitabilidad molesta que rebasa una tolerancia media, por imponer a los usuarios soportar unos defectos que claman por antiestéticos y parecen responder al empleo de material de desecho. De este modo se supera el concepto de leves imperfecciones corrientes, que cabe ser asumidas, al haberse producido decisiva violación del contrato, y hace la edificación en este aspecto básicamente insuficiente para su finalidad propia (SS de 30 de septiembre y 23 de diciembre de 1991, 29 de marzo, 22 de septiembre y 10 de noviembre 1994 y 16 de noviembre 1996, entre otras).

Condición legal de promotor. Fundamento de la atribución de responsabilidad en la idea de actuar en beneficio propio.—La S de 11 de febrero de 1985 decreta que la expresión de constructor comprende la de promotor y ostenta tal condición el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero, pero ha de tenerse en cuenta que el beneficio no tiene que ser necesaria e imperativamente económico —sin dejar de lado que fue la recurrente la vendedora de las viviendas— y en su concepto cabe incluir actuaciones de política social o económica protectora y tuteladora de las clases más necesitadas, lo que también resulta actuar beneficioso, y así como que las viviendas del pleito corresponden a las de promoción pública y oficial, no excluidas de modo absoluto del tráfico inmobiliario.

Legitimación activa. Titulares de viviendas de promoción oficial.—A los titulares de las mismas les alcanza la protección que dispensa el artículo 1591 CC en forma análoga a los adquirentes de viviendas de precio libre, por no ser aquéllos de peor condición que éstos y entenderlo de otro modo sería instaurar una hiriente desigualdad, conculcadora del artículo 14 CE, así como del artículo 47 que otorga a todos los españoles, sin distinción alguna, derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Legitimación pasiva de la persona jurídico-pública promotora. Comparación con el supuesto de cooperativa de promoción inmobiliaria.—La S de 6 de marzo de 1990 no excluye expresamente a las Comunidades Autónomas, cuando intervienen como agentes en el proceso constructivo, de su participación y consiguiente responsabilidad en consideración de promotoras, y hace referencia a las cooperativas para declarar que no son promotoras pero frente a sus socios cooperativistas y en esta línea la S de 8 de mayo de 1995 atribuye a la sociedad cooperativa posición general de constructor y promotor. (STS de 22 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio sito en Palencia interpuso demanda contra diversas personas, incluida la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en su condición de promotoras de la obra relativa al mismo, para que pagasen a aquélla una indemnización por diversos defectos de construcción. Aunque el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de la localidad absolvió a los demandados, la demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial le dio la razón, por entender que la obra de pavimentación había sido, literalmente, una chapuza. La Comunidad Autónoma demandada recurrió en casación por considerar que ni existía un vicio ruinógeno, ni tenía la condición legal de promotor a los efectos del artículo 1591 CC. El TS rechaza esta argumentación por las razones expuestas.

NOTA.—Al prever la responsabilidad de la persona jurídica pública promotora, el artículo 9.1 de la Ley de ordenación de la edificación hace innecesario recurrir al criterio de imputación de responsabilidad manejado por esta sentencia y criticado por la doctrina, consistente en la obtención de un beneficio (véase Antonio Cabanillas Sánchez, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227-237, y más tarde Cordero, en Ángel Carrasco Perera / Encarna Cordero Lobato / Carmen González Carrasco, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2.^a, Elcano, Aranzadi, 2001, com. art. 9, p. 204). (A. R. G.)

42. Contrato de ejecución de obra a ajuste alzado. La invariabilidad del precio: ámbito de aplicación.—La jurisprudencia del TS ha interpretado el artículo 1593 CC en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo (lo que se conoce como aumento de obra), cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente (SSTS de 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, y 2 de julio de 1998, entre otras). (STS de 23 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un contrato de ejecución de obra, la constructora ejecutante de la obra demandó al comitente por parte del precio debido y no pagado, y al técnico director de la obra por ruina parcial sobrevinida por defecto del proyecto. Se dio la circunstancia que en el contrato se plasmó un presupuesto confeccionado por la actora y aceptado por el comitente; también, quedó demostrado que el dueño de la obra pagó a la constructora una cantidad sensiblemente superior al precio pactado. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto a las costas. El TS declaró haber lugar al recurso de casación presentado por el comitente. (*I. D.—L.*)

43. Usura. Simulación del interés pactado en contrato de préstamo usurario.—El préstamo litigioso entiende esta Sala que debe calificarse como usurario en atención a las siguientes circunstancias: *a)* la forma clandestina en que se contrajo, pues está probado que la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada por los recurrentes en favor del prestamista no era el negocio real concertado. En aquélla se fijaba un interés anual del cuatro por cien con un plazo anual de vencimiento de un año, cuando en realidad el interés anual se estipuló en un veinte por cien, pagadero al comienzo de cada anualidad de forma anticipada, y sin plazo de duración. No se ha alegado ninguna razón para este ocultamiento de la realidad, que no parece lógico si el interés pactado fuese normal, y se hubiese querido que con arreglo a lo convenido en la escritura pública hubiese discurrido el desenvolvimiento del préstamo.

Usura. Interés notablemente superior al valor del dinero.—*b)* El interés pactado debe conceptuarse de notablemente superior al valor del dinero en la época en que se contrajo el préstamo. Es cierto que en la misma (1983) el interés bancario del dinero era del dieciocho con cinco por cien según la sentencia recurrida, pero este dato no puede ser sino orientador del interés del mercado, de ninguna manera un parámetro exacto con arreglo al que haya de calificarse todo préstamo, pues aquel interés se calcula en función de circunstancias propias de la intermediación en el mercado del dinero de las entidades financieras, tales como costo de la obtención del mismo, gastos de funcionamiento, previsiones de fallidos, etc.: el interés no es sinónimo de beneficio por el préstamo. De ahí que cuando es un particular el prestamista, no se puedan aplicar los mismos criterios, debe lógicamente ser el interés inferior. Por otra parte, al percibirse por anualidades adelantadas, la diferencia es todavía mayor, mucho más cuando el prestamista está garantizado con hipoteca sobre bienes que se ha probado que tenían un valor muy superior a la cantidad prestada. El riesgo que corría en esta situación era nulo, y no aparecen en autos

otros riesgos que pudieran justificar tamaño interés. Todo lo anteriormente expuesto confirma de modo objetivo la exigencia legal de que el interés sea notablemente superior al normal.

Usura. Situación angustiosa.—También se deduce de los autos la situación angustiosa de los prestatarios, que el artículo 1 de la Ley (de 23 de julio de 1908) requiere para calificar de usurario un préstamo, que en la fecha del mismo el recurrente estaba separado del servicio como oficial de la Administración de Justicia por Resolución del Ministerio de Justicia de 1979, con esposa e hijos a su cargo, en el que no fue repuesto hasta 1987 tras los correspondientes recursos, y con deudas contraídas.

Usura. Efectos.—El préstamo litigioso debe calificarse de usurario, por lo que los prestatarios han de devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos al prestamista (art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908).

Hipoteca. Accesoriedad. Efectos de la calificación del contrato como usurario.—La hipoteca concertada en la escritura pública debe quedar también extinguida y su inscripción cancelada, dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal. La S de esta Sala, de 14 de junio de 1984, mantuvo el criterio de subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por aplicación del artículo 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo accesoriamente de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar.

Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (SS de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriamente de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción. La nulidad de la hipoteca lleva consigo la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad y la del procedimiento de ejecución hipotecaria. (STS de 20 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique José y su esposa, doña María Josefa, habían celebrado un contrato de préstamo con don Secundino. El contrato se elevó a escritura pública, en la cual se acordó constituir una hipoteca para garantizar las obligaciones de los prestatarios derivadas de dicho contrato. Al parecer, el interés que se hizo constar en la escritura no coincidía con el acordado privadamente, que era cinco veces superior. Tres años después de otorgarse la misma, el prestamista ejecutó la hipoteca por el procedimiento previsto en el artículo 131 LH. A raíz de este hecho, la parte prestataria interpu-

so demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, para que se anulase el procedimiento anterior y se declarase que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria era usurario y, por ende, nulo. La sentencia de instancia desestimó la demanda, que los demandantes recurrieron en apelación. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó este recurso en parte, declaró que el procedimiento de ejecución iniciado era nulo pero dejó subsistente el contrato. Los demandantes volvieron a recurrir, esta vez en casación, e insistieron en que el mismo era usurario. El TS estima el recurso y anula el contrato, la hipoteca y el procedimiento de ejecución, y ordena la cancelación de la inscripción de la hipoteca en el Registro. (A. R. G.)

44. Usura. Contrato de préstamo con interés usurario.—Al hilo de lo establecido en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, esta Sala ha reconocido tres posibilidades de contrato de préstamo usurario incluyendo en la primera «aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» (SS de 21 de octubre de 1911, 24 de marzo de 1942, 13 de diciembre de 1958, 15 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1968 y 19 de diciembre de 1974), grupo en el que puede incluirse el préstamo litigioso pues, reconocida la deuda, la estipulación sobre ella de un interés del cinco por cien mensual, precisión ésta de período de tiempo que se omite en la instancia pero que resulta del simple cálculo que en ella se hizo para el establecimiento de la cantidad debida por ese concepto además de resultar de lo para ello pactado en el documento privado, el interés del sesenta por cien anual está y ha estado siempre superando muy notablemente lo que puede estimarse normal en este tipo de operaciones cuando no concurre circunstancia alguna que lo explique para convertir, por intereses, la obligación —préstamo de 3.000.000 de pesetas— en más la de 4.950.000 pesetas, con lo que la condena de pago en la instancia ha alcanzado la cifra de 7.950.000 pesetas en período de tiempo tan corto.

Usura. Efectos.—Esa obligada calificación del contrato litigioso, como usurario, conlleva su nulidad legalmente impuesta por el precitado artículo 1 de la Ley de Usura —nulidad radical que no admite convalidación sanatoria, en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes, según la S de 31 de diciembre de 1987, nulidad absoluta que ya habían establecido las SS de 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963 y 14 de abril de 1966— con la consecuencia de producir los únicos efectos establecidos en el artículo 3 de aquella Ley de que el prestatario no está obligado a devolver más que la suma recibida. (STS de 12 de julio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Esther concluyó con doña Elisa un contrato de préstamo mutuo, en virtud del cual la primera recibía prestada la cantidad de 3.000.000 de pesetas, a devolver cuatro meses más tarde, sin intereses. El mismo incluía una cláusula penal en la que se establecía la obligación de pagar un interés de demora del cinco por cien mensual. Ante el incumplimiento de la obligación de restitución del capital, la prestamista reclamó judicialmente a la otra parte que le pagase el capital más los intereses de demora devengados, todo lo cual ascendía a la suma de 7.950.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona estimó íntegramente la

demanda, y aunque la prestataria recurrió en apelación, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS, al que la prestataria acude en casación, entiende que el contrato es usurario, estima el recurso y casa la sentencia de instancia. (A. R. G.)

45. Contrato de vitalicio: concepto.—Es aquel por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes (SSTS de 14 de noviembre de 1908, 30 de noviembre de 1987 y 31 de julio de 1991, entre otras).

Caracteres.—Es un contrato autónomo, innominado o atípico (SSTS citadas en el párrafo anterior), oneroso y aleatorio (al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes).

Naturaleza.—Participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo (SSTS citadas en el primer párrafo de este extracto).

El matrimonio del cedente con el cesionario no extingue las obligaciones de este último.—La obligación de asistencia y cuidados derivada del contrato de vitalicio, no se extingue por el matrimonio del cedente con el cesionario, sino que esta obligación existirá desde el matrimonio por dos títulos: *a*) el legal derivado del deber de socorro mutuo que impone recíprocamente a los cónyuges el artículo 68 CC, y *b*) el convencional resultante del citado contrato.

La calificación de un contrato es función del Tribunal de instancia.—La interpretación y, como derivación, la calificación de un contrato, es función del Tribunal de instancia, sólo revisable en casación cuando es ilógica, absurda o contraria a derecho. (STS de 18 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1986, mediante escritura pública, un matrimonio «cede y transfiere» a doña Antonia la nuda propiedad de una finca de la que eran propietarios reservándose el usufructo vitalicio sobre la misma; en pago de la cesión doña Antonia se obligaba a prestar cuantos servicios y cuidados precisen los cedentes. Al año siguiente, muere la esposa cedente y, posteriormente, el viudo (también cedente) contrae matrimonio con la cesionaria. Ante esta circunstancia, la hija del matrimonio demanda a la cesionaria al entender que el contrato celebrado por sus padres con doña Antonia fue de donación, y en base al artículo 636 CC esa disposición gratuita perjudica su legítima como heredera forzosa de su madre. El Juzgado estimó en parte la petición de la actora. La Audiencia revocó esta sentencia y desestimó íntegramente la demanda. El TS no dio lugar a la casación. (I. D.—L.)

46. Cumplimiento del deber de motivación en las resoluciones judiciales.—Basta el somero examen de la sentencia recurrida para rechazar la falta de motivación que se aduce al quedar patentes en sus fundamentos de derecho las razones de hecho y de derecho que han conducido a la Sala *a quo* a su pronunciamiento confirmatorio de la sentencia de primera instancia; por otra parte, como tiene declarado esta Sala con reiteración, las sentencias civiles entran en la excepción prevista en el artículo 248.3 LOPJ por cuanto en ellas no es necesario que conste un relato de hechos separados; la lectura de la sentencia pone de manifiesto los hechos que ha tenido en cuenta el Juz-

gador de instancia para hacer su pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

No se produce tacha de incongruencia en la sentencia.—Por aplicación de la muy reiterada doctrina jurisprudencial según la cual las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia.

El error de derecho en la valoración de la prueba.—El error de derecho en la valoración de la prueba se da cuando el juzgador no reconoce a un medio de prueba aportado a los autos la fuerza probatoria que le atribuye un precepto legal o cuando le da un valor probatorio que no tiene, siendo cuestión distinta la de la interpretación de un documento, regida por las normas de la hermenéutica contractual, y ésta, distinta, a su vez de la interpretación de la norma jurídica.

La causa de los contratos.—La doctrina jurisprudencial configura la causa de los contratos como un concepto objetivo (S de 1 de abril de 1988) y así dice la S de 8 de febrero de 1996 que el artículo 1274 CC, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto de la misma, sino que la especifica en sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajeno a la mera intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia.

La causa del contrato de transacción.—En relación con la causa de la transacción, dice la S de 6 de noviembre de 1993, que la específica intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable, con efecto novatorio, ha llevado a considerarla en ocasiones como un contrato abstracto; y la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el deseo de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones (SS de 8 de marzo de 1962 y 30 de octubre de 1989), y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no ha de tener necesariamente contenido económico (SS de 26 de junio de 1969 y 14 de marzo de 1955), radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, con el fin de evitar la provocación de un pleito o poner término al que habían comenzado (S de 26 de abril de 1963), pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo (SS de 9 marzo de 1948, 19 de diciembre de 1960 y 2 de junio de 1989). Se configura así la finalidad de poner término a una relación jurídica incierta (*res dubia*) como la causa de la transacción.

Presupuestos necesarios exigidos por la jurisprudencia para la existencia del error como vicio del consentimiento en los contratos.—La jurisprudencia en torno al artículo 1266 CC ha señalado los requisitos para que el error en el consentimiento tenga eficacia anulatoria del contrato; así la S de 6 de febrero de 1998 dice que como recoge la S de 18 de febrero de 1994, según la jurisprudencia para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código

civil no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC; es inexcusable el error (S de 4 de enero de 1992), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

El error como vicio del consentimiento invalidante en el contrato de transacción.—La jurisprudencia de esta Sala al igual que un amplio sector doctrinal, excluye la aplicación del error de derecho y así se citan la S de 12 de febrero de 1898 que declara que el error que vicia los contratos y las transacciones ha de recaer sobre la sustancia objeto del contrato, y no sobre el derecho que asocia objeto del contrato, y sobre el derecho que asiste a las partes, principalmente cuando la diferencia de apreciación sobre este derecho es la que da lugar al contrato; la S de 20 de marzo de 1951 dice que refiriéndose al caso concreto, este error sería de derecho, no siempre y en absoluto inexcusable, por su equiparación en algún caso al de hecho, pero sin transcendencia anulatoria en las convenciones transaccionales, cuya naturaleza y finalidad, definidas claramente en el artículo 1809 CC, no consiste que el vicio de error en el consentimiento productor para ellas de invalidez sea otro que el de hecho a que hacen referencia el artículo 1817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el artículo 1266, en relación con el 2.º del propio Código.

Pronunciamientos de la jurisprudencia en atención al error en las transacciones llevadas a cabo sobre el derecho a percibir indemnización por lesiones a consecuencia de hechos ilícitos.—Ya sean estos hechos ilícitos de carácter delictivo o en que hayan mediado culpa civil, la S de 6 de noviembre de 1965 dice que si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio o pendiente de hallarse en semejante situación (S de 13 de julio de 1940), no menos exacto es que la inseguridad jurídica propia de dicho negocio jurídico, no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala entre otras, en SS de 8 de mayo de 1920 y 20 de octubre de 1954, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico (*timor litis*) que les mueve al otorgamiento del contrato, y que el contenido real de la transacción concertada para dirimir las discrepancias sobrevenidas como consecuencia de las reclamaciones derivadas de los artículos 1902 y 1903 de dicho texto legal por la comisión de un delito de lesiones o por la producción de daño a que se refiere el artículo 1902 se integra no sólo por el quebranto físico sufrido por el agraviado, sino también por el tiempo invertido en su curación, que es precisamente el que tipifica el delito y se proyecta sobre la culpa civil como se desprende para el primer supuesto del artículo 422 CP. (STS de 20 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio planteado iba encaminado a dejar sin efecto el acuerdo transaccional habido entre el demandante y la entidad aseguradora demandada en relación a la indemnización por las lesiones sufridas por el actor en un accidente de circulación por el que se siguió juicio de faltas, el acuerdo transaccional dio lugar a la renuncia por el demandante a cuantos derechos y reclamaciones que pudieran ser derivados de dicho accidente por haber sido debidamente indemnizado, renuncia que efectuó ante notario y que fue formalizada ante el juzgado por su esposa en virtud del poder notarial que en esa fecha le confirió. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e hizo condena expresa en costas a la parte actora. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta la confirmó, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas producidas en ambas instancias, en cuyo aspecto la revocó. (*E. S. M.*)

47. Interpretación no formalista de la cláusula de sumisión a arbitraje.—En el motivo primero se denuncia infracción del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje 36/1988 («el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión») que acarrea la invalidez del convenio arbitral con base en el artículo 3. 1 de la propia Ley («el arbitraje para ser válido, deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley»). El presupuesto concreto cuya omisión se denuncia en la cláusula contractual del caso es el relativo a la expresión por las partes de la «obligación de cumplir» la decisión arbitral. El motivo no puede ser acogido porque el cumplimiento del requisito se deduce netamente del contenido de la cláusula contractual. La interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que «basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje»; es la que recoge la S de esta Sala de 1 de junio de 1999, que señala que «el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase “obligación de cumplir la decisión” no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento»; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/1988 respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC).

La eficacia de la cláusula de sumisión a arbitraje no requiere su formalización judicial.—En el segundo motivo se denuncia infracción del artículo 11, apartado segundo, de la Ley de Arbitraje. El argumento del motivo se

resume en que no se ha procedido a la formalización judicial de lo pactado, que no es más que una cláusula compromisoria que obligaba únicamente a instituir en su día el arbitraje, por lo que se ha infringido la jurisprudencia representada por las SS de 1 abril de 1987, 15 de septiembre de 1986 y 3 de noviembre de 1994, y que además fue el propio recurrido el que excluyó la resolución arbitral negándose al requerimiento que a tales efectos le fue formulado. El motivo tampoco puede ser acogido. Resulta incuestionable la aplicación al caso del régimen jurídico representado por la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que sustituyó (DD 1) a la Ley de arbitrajes de derecho privado, de 22 de diciembre de 1953, de conformidad con la DT 3.^a que establece que «salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley (36/1988) se regirán por las disposiciones contenidas en la misma»; y como la nueva Ley ha prescindido de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que contenía la Ley de 1953 resulta claramente inaplicable la jurisprudencia dictada para esta normativa legal (representada por las SS citadas y otras como las de 16 de noviembre de 1996 y 20 octubre 1997) que condicionaba la eficacia de la cláusula preliminar a la formalización judicial —consumada o pendiente— de la misma, y aun cuando en el Título VI de la nueva Ley (arts. 38 y ss.) se prevé una formalización judicial para la designación de los árbitros, sin embargo no hay fundamentación legal para mantener en cuanto a dicha formalización una solución similar a la que para el compromiso preliminar resultaba de los artículos 11 y 19 de la Ley derogada.

Inexistencia de renuncia al arbitraje pactado.—En el motivo tercero se denuncia infracción del artículo 11, apartado segundo, de la Ley 36/1988 («las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» —en la actualidad este precepto ha sido redactado de nuevo por la DF de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que sustituye «excepción» por «la declinatoria»—) en relación con el artículo 7 CC (se alude al párrafo primero con arreglo al que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»). En el cuerpo del motivo se argumenta con base en la contestación dada por la contraparte al requerimiento notarial («con carácter general: que no pueden acceder a lo solicitado por el requirente por las razones que, en su momento, si fuese preciso, se expondrán»), de la que se deduce por la parte recurrente, no ya una mera pasividad, sino una negativa al procedimiento arbitral, por lo que —se afirma en el motivo— el autor de la negativa no puede exigir lo que el mismo ha negado, siendo su proceder atentatorio al principio de los actos propios y por tanto a la buena fe, tanto procesal como extraprocesal. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores, puesto que tampoco se da una base fáctica adecuada para poder apreciar una hipotética renuncia, expresa o tácita, al arbitraje por la parte demandada que pudiera determinar la aplicación de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 36/1988. Por otro lado, evidentemente, el contenido de la respuesta es ambiguo, pero esta Sala entiende, ratificando el criterio de la resolución recurrida, que no cabe deducir de él una negativa clara a someterse al arbitraje, y en todo caso —y esta apreciación constituye la principal *ratio decidendi*— no

cabe deducir de tal respuesta una exclusión del compromiso arbitral, por lo que la parte aquí recurrente, ante dicha conducta, debió proceder conforme establece la Ley de arbitraje y concretamente su artículo 38. (STS de 13 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 10 de mayo de 1988 Francisco Teodoro A. G. y la empresa *Construcciones El Balcón del Ramonal S. L.*, celebraron un contrato que contenía una cláusula del siguiente tenor: «asimismo los contratantes, hacen renuncia expresa al fuero que pudiera corresponderles, y se comprometen a dilucidar sus diferencias en orden a la interpretación o incumplimiento del presente contrato mediante el arbitraje de derecho de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que se llevará a efecto por tres Letrados en ejercicio, que serán designados uno por cada parte y el tercero por ambas partes de mutuo acuerdo». Posteriormente, Francisco P. D.—subrogado en la posición de *Construcciones El Balcón del Ramonal S. L.*, en virtud de una cesión de contrato— no atendió un requerimiento notarial promovido por Francisco P. D. con fecha 4 de abril de 1990. Interpuesta acción de cumplimiento por parte de este último, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la excepción dilatoria de sumisión a arbitraje formulada por Francisco P. D. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó esa excepción procesal y absolvió a Francisco P. D. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

48. Efectos de la cofianza solidaria. El artículo 1844. 3.º CC.—El cofiador solidario que ha satisfecho la deuda puede reclamar a los otros el pago de la parte que les corresponda. Pero el artículo 1844 CC, apartado 3.º, establece que sólo podrá realizar esta reclamación cuando el pago se haya hecho en virtud de una demanda judicial o cuando el deudor principal se encontrase en estado de concurso o quiebra. Este artículo pretende proteger a los cofiadores de una conducta caprichosa o infundada del fiador que pagó, pero se debe interpretar de forma restrictiva, lo que significa que si la conducta del fiador que pagó fue beneficiosa para todos los cofiadores, de modo que se evitaron los perjuicios que provocaría una demanda judicial, la previsión de este apartado del artículo 1844 CC no se debe aplicar. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Gerardo y don Francisco eran socios de la *Sociedad Agraria de Transformación Hotopacheco*. A la vez, eran cofiadores solidarios de dicha sociedad en las operaciones bancarias que ésta realizaba. Don Gerardo pagó las cantidades adeudadas por dicha sociedad cuando fueron reclamadas por los acreedores y cuando la sociedad se encontraba en situación de insolvencia real, aunque no se había declarado. Don Gerardo interpuso demanda contra don Francisco en la que reclamaba el pago de la parte que le correspondía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante. El demandado interpuso recurso de casación, porque consideraba que la deuda de los cofiadores se había extinguido. El TS desestimó el recurso porque considera que el pago realizado por el demandante se hizo para evitar los perjuicios que podían derivar de una demanda judicial, de modo que benefició a todos los cofiadores.

NOTA.—En esta sentencia el TS pone de manifiesto la doctrina sobre el alcance del artículo 1844. 3.º CC, ya que considera que este artículo no se debe interpretar de forma restrictiva. En la S de 2 de diciembre de 1988, el TS establece que en aquellos casos en que la fianza es un mecanismo para garantizar una deuda principal de la que han de beneficiarse los propios fiadores (porque son socios de la entidad deudora), el pago total de la deuda realizado por uno de ellos supone un beneficio para todos los cofiadores. Esto implica que aunque la entidad deudora no se encontrase en situación declarada de quiebra o no se hubiese demandado el pago por el acreedor, si era evidente el estado de insolvencia del deudor, el cofiador solidario que ha pagado puede reclamar del resto de cofiadores el pago de su parte, ya que no hay un pago realizado de forma maliciosa por uno de los cofiadores. En la presente sentencia, también los cofiadores son socios de la entidad deudora, de modo que el pago total de la deuda realizado por uno de ellos implica un beneficio para el resto. Además, la entidad deudora, aunque no se encontrase en situación declarada de quiebra, se encontraba en una situación real de insolvencia y con su pago el cofiador que pagó pretendía evitar los perjuicios que un proceso judicial supondría tanto para la entidad demandada como para los cofiadores. (M. V. V.)

49. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: concepto de doctrina jurisprudencial civil.—La jurisprudencia en el orden jurisdiccional civil sólo está constituida por la que emana de la Sala 1.ª del TS a los efectos del recurso de casación ante la misma (SSTS de 1 de febrero de 1958, 20 de enero de 1962 y 4 de febrero de 1975), y la trayectoria por ella marcada ha de ser mantenida en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitable la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley (SSTS de 22 de julio de 1944, 29 de marzo de 1955, 1 de febrero de 1958 y 24 de mayo de 1979).

Compatibilidad entre la indemnización civil y la laboral.—Es doctrina reiterada que la demanda por la que se acciona con base en los artículos 1902 y 1903 CC es perfectamente compatible con aquella por la que se exija responsabilidad en base a la relación de trabajo (SSTS de 8 de octubre de 1984, 4 de junio de 1993, 5 de diciembre de 1995, 27 de febrero y 19 de diciembre de 1996, 21 de marzo de 1997 y 18 de febrero de 1998), lo que conduce a mantener la competencia de la jurisdicción civil.

Concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil: responsabilidad por riesgo.—Se establece como probada la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño recibido por el demandante asumiendo aquellas circunstancias que se le imponían, de la más absoluta carencia en orden a su indemnidad, para llevar a cabo un cometido que supone un desentendimiento de resultados muy previsibles; se mantuvo de forma evidente un riesgo que pudo ser fácilmente evitable, y, al no serlo, atrae la correspondiente obligación reparatoria a cargo de su creador.

Prescripción: dies a quo.—La jurisprudencia ha determinado que en los supuestos de lesiones, el plazo de prescripción de un año ha de contarse, cuando quedan secuelas, no desde la fecha de la sanidad, sino desde el alta definitiva, pues en este momento es cuando el perjudicado alcanzó perfecto

conocimiento del quebranto sufrido en su salud y sus consecuencias. (STS de 22 de junio de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: compatibilidad de la indemnización civil y laboral: competencia de la jurisdicción civil.—Después de algunas divergencias jurisprudenciales se ha reafirmado la competencia del orden jurisdiccional civil siempre que, como en este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, pudiendo citarse al respecto las SSTs de 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio, 13 de octubre y 18 y 30 de noviembre de 1998, y 7 de julio de 2000.

Omisiones en las medidas de seguridad.—El accidente se produjo cuando el lesionado se hallaba subido en un andamio y procedía a colocar unas planchas de acero que se izaban por medio de un aparejo de poleas, en la bodega de carga de un buque, sufriendo una caída de altura superior a dos metros, cayendo al suelo de la bodega, sufriendo lesiones que han originado invalidez permanente. El Centro de Seguridad e Higiene de la Xunta de Galicia informa que las barandillas del andamio carecían de abrazaderas; no se demostró que aquél resistiera una fuerza de ciento cincuenta kilogramos, y el obrero no estaba protegido por el cinturón de seguridad.

Pluralidad de responsables: contratista principal y subcontratistas.—Probada la relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso, a consecuencia de la falta de medidas de seguridad, procede la imputación de la conducta negligente a diversos responsables. Al Jefe del Equipo, con mando directo sobre el actor, pues le incumbía verificar previamente, al comienzo de los trabajos ordenados, que se cumplían todas las medidas de seguridad y debía facilitar al actor, cuando menos, el cinturón de seguridad, no habiendo comunicado a la empresa las dificultosas circunstancias en que se tenía que desarrollar el trabajo, organizando el izado de las piezas con una grúa móvil. La misma responsabilidad recae en la empresa de montajes, encargada de la instalación de los andamios en el interior de las bodegas del barco, que debían ser fijos y resistentes, respondiendo por ausencia de las prevenciones generales exigibles para la evitación de accidentes. Igualmente la empresa que no alertó, ni previno a sus vigilantes y empleados sobre la situación de inseguridad de los andamios, ni reformó, en consecuencia, las medidas de seguridad. Finalmente, *ASTANO, S. A.*, como contratista principal de la obra a realizar en el buque, conforme al artículo 1903 CC, dado que desde una perspectiva económica y funcional, las diversas subcontratas no rompían el vínculo de dependencia con la misma, como última responsable de la ejecución de la obra. Las compañías aseguradoras responden por sus asegurados dentro de los límites cuantitativos establecidos en sus pólizas.

Cuantía de la indemnización por incapacidad permanente.—Resulta razonable la suma de veinticinco millones de pesetas de indemnización, tomando en consideración la gravedad de las secuelas de la lesión y la edad de la víctima. No ha lugar a la condena del veinte por cien a las compañías aseguradoras en atención a que no hubo previo intento, en forma, de la liquidación del siniestro conforme al artículo 38 LCS. (STS de 26 de junio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Recientemente la STS de 11 de febrero de 2000, aplica la misma doctrina en un caso de pérdida de la visión ocular, invo-

cándose la culpa extracontractual y rechazándose que el accidente se produjera exclusivamente por inobservancia de las medidas de seguridad en el trabajo (en *ADC*, 2001, p. 1297). También la STS de 10 de abril de 1999, relativa a un accidente en el interior de una mina, declarándose la competencia de la jurisdicción civil (*ADC*, 2001, p. 470 s.) (*G. G. C.*)

51. Culpa extracontractual: daños a invitados en festejo taurino organizado por Delegación del Gobierno y Ayuntamiento: derecho transitorio: competencia jurisdicción civil.—No es lo uniforme que debiera la doctrina de esta Sala acerca de la competencia de la jurisdicción civil *versus* la contencioso-administrativa, en los temas de reclamación por daños causados por la Administración, pero sí es clara la enunciación de dos principios; en primer lugar, las normas base son los artículos 1902 y 1903 CC, además de la básica norma constitucional y de las normas administrativas, por lo que el conocimiento de los hechos antes de la vigencia de las actuales leyes de procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa, corresponde, en principio, a la jurisdicción civil; en el presente caso se trata de una fiesta privada, no un servicio público, con invitaciones a personas particulares, una de las cuales resulta lesionada, supuesto que se integra en el artículo 1902 CC; en segundo lugar, siempre se ha evitado el *peregrinaje de jurisdicciones* para mantener los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y del derecho de proceso sin dilaciones indebidas; en el presente caso, un hecho sucedido hace más de diez años merece la respuesta judicial definitiva, sin una inoperancia que llegaría *ad absurdum*, una vuelta atrás en busca del mismo resultado.

Doctrina jurisprudencial sobre lesiones en festejos taurinos, con intervención pública.—Ha recaído reiterada jurisprudencia de esta Sala en casos de lesiones causadas por vaquillas o en festejos taurinos, en los que la parte demandada ha sido una o varias entidades públicas, sin que se haya apreciado la excepción de incompetencia de jurisdicción (así SSTS de 31 de diciembre de 1996, 13 de febrero y 3 de abril de 1997, 2 y 7 de diciembre de 1998, y 5 de diciembre de 2000). En estas sentencias se entra en el fondo y se estima total o parcialmente la demanda, o se desestima, según el caso concreto y las circunstancias que concurren, ya que si bien hay supuestos en que la víctima asumía voluntariamente el riesgo y el nexo causal recae en el mismo, otros casos hacen ver que que la entidad pública, por acción o por omisión, se hallaban en nexo causal con el resultado dañoso y era condenada a indemnizar. (STS de 14 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Supuesto singular del que no se encuentran precedentes en la jurisprudencia reciente, y que al haberse producido con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa que establece la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, se declara competencia de la ordinaria (Ponente: O'Callaghan Muñoz), siguiendo una doctrina reiterada y conocida de la Sala 1.ª. (*G. G. C.*)

52. Culpa extracontractual: instalación callejera de iluminación navideña: negligencia del Ayuntamiento en la conservación previa de la instalación eléctrica: muerte por derrumbamiento de la farola de alumbrado: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—Antes de la reforma del artículo 9 de la LOPJ por la de igual rango de 13 de julio de

1998, la jurisprudencia de la Sala 1.^a ante las evidentes dificultades del panorama legislativo, ha venido perpetuando la procedencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los supuestos de responsabilidad patrimonial restringiendo el concepto de servicio público al ámbito de la actividad propiamente administrativa, distinguiendo la conducta extra-administrativa creadora de una situación de riesgo por omisión de cuidados, así ocurre en STS de 8 de junio de 1994, por avería de una tubería de suministro público de aguas, insistiendo en ser la causa del daño la falta de diligencia y vigilancia y no el servicio en su prestación. En el presente caso, sin perjuicio del ineludible permiso municipal para el establecimiento, a cargo de determinados comerciantes, del ornato eléctrico de calles con ocasión de la época navideña, la actividad que todo ello exigía y supuso, es completamente ajeno a cualquier idea que se tenga de servicio público y lo es, en concreto, a la de prestación del servicio de alumbrado viario ordinario, competencia del Ayuntamiento, porque no es en la consumación de esa prestación donde se origina y termina el luctuoso suceso.

Prescripción de la acción: interrupción.—La prescripción se interrumpe por la iniciación de diligencias penales, finalizadas por sentencia absolutoria definitiva, y, asimismo, mientras la acción está viva, por la interposición de reclamaciones previas en vía gubernativa.

Ruina de los báculos del alumbrado público: artículo 389 CC.—La producción del hecho dañoso se debe a falta de adecuado mantenimiento y reparación por parte del Ayuntamiento de los báculos que rematan sosteniendo las lámparas del alumbrado público; siendo totalmente inconveniente el sistema de su anclaje a tierra, apto para producir corrosión hasta el extremo de sustituir dicho sistema por una base de cemento en los que se han ido descubriendo el mal estado de los existentes no corregidos, el gran número de los retirados o rotos para reparar por los encargados de su mantenimiento, todo lo cual pone de relieve la falta de atención prestada por el Ayuntamiento que previene el artículo 1902 CC y, singularmente, de la desatención a lo que impone el artículo 389 CC, por cuanto la realidad del daño producido era previsible.

Concurrencia de culpa de la víctima: inexistencia.—No hay conducta culposa en la víctima que comienza a trabajar antes de que se notificara el acuerdo municipal aprobando la iluminación, pues dicho acuerdo estaba ya tomado; y tampoco en el contenido de la condición cuarta del mismo, en el sentido de que no se utilizaran los báculos mencionados, pues del mero hecho de apoyar una escalera y ascender por ella el obrero, no cabía esperar el derrumbamiento de la farola y su soporte.

Cuantía indemnizatoria.—La suma solicitada de treinta millones de pesetas resulta adecuada teniendo en cuenta la edad de la víctima, veintinueve años, su alta como autónomo en la Seguridad Social, su matrimonio que la muerte trunca, y la existencia de dos hijos de corta edad; a lo que debe añadirse el abono de intereses legales desde la fecha de esta sentencia, hasta su total pago, sin perjuicio de los intereses procesales del artículo 921 LEC. (STS de 26 de julio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Vázquez Sandes), ya que, por ser coincidentes en instancia las sentencias que declaran la incompetencia de la jurisdicción civil en beneficio de la contencioso-administrativa, la sentencia de la Sala 1.^a tenía que aducir argumentos muy convincentes. Se trataba de la instalación de iluminación

navideña costeada por determinados comerciantes de la zona, y autorizada por el Ayuntamiento según años anteriores. Está probado que se aprovechan los soportes del alumbrado público para instalar aquella. Ahora bien, aunque el alumbrado público es un servicio municipal, no parece serlo la referida instalación de la iluminación navideña, por más que necesite autorización del Ayuntamiento. En razón a la fecha del accidente que ocasionó la muerte del operario, se recuerda la doctrina sostenida mayoritariamente por la Sala 1.^a a favor de la jurisdicción civil, con carácter transitorio y para evitar el «peregrinaje de jurisdicciones». Resulta justificado, al menos por razones equitativas, el fallo si se tiene en cuenta que la viuda e hijos podrán percibir la indemnización al cabo de once años de ocurrir los hechos. Por otra parte, aparece, cuando menos curiosa, la invocación del artículo 389 CC en contra del Ayuntamiento, supuesto que la doctrina no toma habitualmente en consideración (cfr. Pantaleón, *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I, p. 1063 ss.) aunque, a mi juicio, no resulta excluido de su tenor. Prácticamente, cierto número de los soportes o báculos de las farolas se encontraban en inminente estado de ruina, y resulta patente la negligencia del Ayuntamiento que se limitaba a retirar los que se caían por sí solos, pero sin acometer una revisión a fondo de su estado como aconsejaba, probablemente, la vetustez de su instalación. (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: doctrina general sobre los requisitos del artículo 1902 CC: desplazamiento del requisito de la culpabilidad a la relación de causalidad.—Los tres presupuestos de la responsabilidad extracontractual son: 1.º) la acción u omisión, voluntaria y libre, y, en tanto productora de un daño, antijurídica en cuanto atenta al principio de *alterum non laedere*; 2.º) el daño, objeto de la obligación de reparar; y 3.º) el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce, y se prueba, una acción del tercero o del propio perjudicado, o caso fortuito o fuerza mayor. El tan discutido elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1902 CC y en la realidad, pero lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa; es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal.

Lesión en la mano de niña de dos años que usa escalera mecánica de supermercado acompañada de su madre.—La relación de causalidad debe probarse siempre, y cuando la S declara que no se ha determinado «certera-mente cómo aconteció el siniestro», no cabe imputar la responsabilidad a quien se ignora sea el causante del daño; al estar acompañada la menor por su madre se hacía necesario extremar por ésta la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico que entraña un riesgo.

Prueba del nexo causal: inexistencia de culpabilidad.—La sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1902 CC porque no hay nexo causal entre el propietario del local, *El Corte Inglés S. A.*, en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas, y el daño sufrido por una niña de dos años de edad que iba acompañada y bajo el control de, por lo menos, su madre; tampoco puede darse culpabilidad si falta la relación de causalidad

entre la actividad de una persona, en este caso persona jurídica, y el daño sufrido por otra, en este caso persona física de dos años de edad. (STS de 29 de junio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia sigue la orientación de una reciente jurisprudencia que puede resumirse en el sentido de que el daño producido por escaleras mecánicas de uso público, cuyo funcionamiento no ha registrado anomalía alguna, no engendra responsabilidad extracontractual para el propietario o empresa que se beneficia de su funcionamiento. Me parece una doctrina jurisprudencial poco favorable para el gran número de usuarios de tales artilugios mecánicos, que parece frustrar la evolución de la responsabilidad por riesgo tan reiterada entre nosotros. De consolidarse definitivamente dicha interpretación jurisprudencial, ello obligará probablemente a una intervención administrativa enérgica, reglamentando el posible uso de los mismos por aquella parte de la población especialmente vulnerable por sus circunstancias personales (menores de edad, ancianos, impedidos etc.).

Los hechos probados encabezan el FD1.º: «la niña de dos años, Bárbara, iba con su madre y con su tía y al utilizar una escalera mecánica, que carecía de todo defecto de funcionamiento o fallo mecánico, quedó atrapada su mano, sin que se haya podido determinar certeramente cómo acaeció realmente el hecho, y sufrió un traumatismo que hizo necesaria una intervención quirúrgica, cicatrizando las heridas con normalidad, sin ninguna secuela física o psíquica». Lesión que puede calificarse de leve, lo que inicialmente obliga a estimar como desmesurada la petición de diez millones de indemnización; más razonable parece la condena a medio millón de pesetas por la Audiencia Provincial, al revocar la sentencia absolutoria del Juzgado de Primera Instancia, ahora dejada sin efecto por la extractada.

Sin embargo, la argumentación del TS no convence. Una cosa es decir que no se ha determinado la causa última del accidente (imprudencia de la propia niña, intervención de otros usuarios, fallo inesperado del mecanismo), y otra afirmar que se ignora quien sea el causante del daño; éste se produce con ocasión de utilizar un mecanismo que utiliza en su beneficio *El Corte Inglés* y que pone a disposición de sus clientes; en consecuencia, el nexo causal material parece probado. Lo menos que parecería exigible en el caso, es aplicar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, lo que obligaría a aquella empresa a efectuar la prueba cumplida de haber adoptado todas las precauciones exigidas por la naturaleza del hecho, lo que no parece haber ocurrido. Casos similares son los resueltos por STS de 5 de marzo de 2000, con ocasión de la muerte de una mujer de edad avanzada al utilizar una escalera metálica en la estación de Santa Justa de Sevilla (anotada por mí en *ADC*, 2001, p. 1502 s.), y STS de 6 de abril de 2000, al resultar lesionada una viajera en la estación del suburbano de Barcelona en el momento de cerrarse automáticamente la puerta de acceso al tren, precedido por señales acústicas (anotada por mí en *ADC*, 2001 p. 1301 s.), sentencias de las que me he ocupado con mayor atención en *Mujer, responsabilidad civil y accidente*, en la rev. *Aequalitas*, (Zaragoza) núm. 7, mayo-agosto, 2001, p. 38 ss.

Si la exoneración de responsabilidad va a generalizarse en supuestos análogos, parecería razonable imponer a tales empresas o establecimientos, el deber de informar cumplidamente de los riesgos inherentes para ciertos usuarios e, incluso, impedir con medidas eficaces dicha utilización. De otra forma la supuesta protección de los consumidores, que utilizan masivamente tales escaleras mecánicas, puede resultar ilusoria. (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: muerte de niña de ocho años aprisionada en puerta mecánica de acceso al garaje: responsabilidad por riesgo: doctrina general: exoneración de la comunidad de propietarios.—El mero funcionamiento de un aparato mecánico por parte de su propietario no es suficiente para aplicar la teoría del riesgo objetivo, pues para ello se precisa la concurrencia ineludible de los cuatro presupuestos aquilianos de acción, culpa, daño y nexo causal, inexistentes en el caso de autos. La doctrina de la responsabilidad por riesgo debe modalizarse en función del destino del objeto que lo produjo, lo que, en el presente caso, excluye la responsabilidad de la comunidad de propietarios por su normal funcionamiento en relación con su finalidad. Además no se ha vulnerado ninguna de las medidas de seguridad en el funcionamiento de la puerta del garaje.

Responsabilidad objetiva.—Si bien la responsabilidad por riesgo no cabe descartarla en la aplicación del artículo 1902 CC, sí ha de negarse su presencia cuando se aspira a identificarla con la responsabilidad objetiva, inspirada en el principio *quien daña paga*, y que debe excluirse de dicho precepto, aunque pueda encontrar acomodo en otras leyes especiales. La responsabilidad por riesgo puede darse en una actividad económica, tendente a una actividad de agiotaje o especulación, con el aparato correspondiente de medios técnicos, humanos y sociales, provocador de un riesgo que, si se consume, debe reducir el lucro pretendido con la consiguiente responsabilidad, salvo cuando el damnificado sea el causante exclusivo del daño. Ahora bien, en el presente caso, el mecanismo puesto en uso por la comunidad de propietarios es la existencia de una puerta de acceso al garaje para satisfacer las necesidades de sus usuarios, y no es posible apreciar tal responsabilidad por riesgo, pues queda acreditado: la necesidad de la puerta de entrada al garaje es consecuencia de la necesidad de aparcamiento de vehículos; la instalación cumple las normas técnicas existentes; el aparato se usa habitualmente por los usuarios del garaje. (STS de 5 de julio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La cuidada sentencia (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez) ha puntualizado los hechos: el 8 de febrero de 1991, sobre las ocho de la tarde, ya de noche, la niña Elena, hija de los actores, de ocho años de edad y sin vigilancia alguna, fue objeto de apresamiento por la hoja de una puerta metálica de garaje, propiedad de la comunidad demandada, de funcionamiento mecánico y automático, accionado eléctricamente; el apresamiento producido en el cuello determinó la asfixia de la víctima hasta un grado casi total, falleciendo tres días más tarde. La puerta mecánica del garaje está instalada dentro del edificio y tras la acera de cinco metros de anchura, y es la entrada para vehículos y personas del garaje, con capacidad para doscientos veintitrés vehículos. El funcionamiento mecánico de la puerta estaba dotado con las medidas de seguridad adecuadas, tanto para el paso de vehículos como el de peatones, con una puerta

convencional existente. La puerta del garaje se destina sólo al paso de vehículos, pues para los peatones hay otra puerta pequeña; la velocidad de bajada de la persiana es lenta (doce centímetros por segundo) y permite a cualquier persona alejarse de la vertical; el motor dispone de un termostato que hace que éste se desconecte en caso de que algún obstáculo impida su deslizamiento; tiene también unos bulones que permiten liberar la puerta y accionarla con facilidad, lo que funcionaba adecuadamente en el momento del accidente. Se ignora exactamente en qué circunstancias se produjo el hecho, pero se desprende de manera razonable que encontrándose la niña en el lugar por el motivo que fuera, bien jugando o resbalando, al estar tumbada en el suelo quedó aprisionada cuando dicha puerta descendía tras haber sido usada por uno de los vehículos de la comunidad; de haber quedado aprisionada en otra parte del cuerpo hubiese sufrido lesiones pero no la muerte, mientras que el accidente se produjo estando la niña tumbada justo en la vertical de la caída, lo que explica las graves lesiones producidas en el cuello.

La demanda se interpone, no contra el presidente de la comunidad, sino personalmente contra el elevado número de propietarios de plazas de garaje, algunos de los cuales fueron declarados en rebeldía. Ambas sentencias de instancia son desestimatorias, con la única diferencia de que en apelación no se impusieron las costas de la sentencia de primera instancia. El recurso de casación es también desestimado.

Es de aprobar la doctrina invocada para desestimar el recurso basado en los principios de la responsabilidad por riesgo. En sí misma, la instalación de una puerta metálica, accionada eléctricamente representa un riesgo efectivo para los propietarios que lo han asumido, sin que se produzca un lucro en beneficio de ninguno de ellos. Pero dadas las precauciones que se han adoptado, el riesgo es mínimo para terceros. No hay, por tanto, en relación con el accidente sufrido por la niña, responsabilidad por riesgo, sino exclusivamente por culpa, que no se ha intentado siquiera probar en el proceso. A mi juicio el supuesto difiere esencialmente del caso resuelto por la STS de 29 de junio de 2001 (extractada en este fascículo del ADC). (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: pérdida de antebrazo por operadora que manipula tomate en máquina clasificadora: responsabilidad de arrendadora de la máquina.—La empresa arrendadora de las instalaciones y su maquinaria queda al margen de la responsabilidad en que puede incurrir la arrendataria por cualquier accidente derivado del uso posterior de la máquina arrendada; la Inspección de Trabajo aprecia falta de medidas de seguridad al no estar debidamente protegido el eje horizontal de la máquina; la arrendataria estuvo disfrutando del *goce pacífico* de la máquina arrendada sin avisar a la arrendadora de la urgencia de reparación alguna, dado que una elemental diligencia de la receptora comprobaría su corrección, o falta de corrección, lo que no hizo. (STS de 14 de junio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—En primera instancia se estima la excepción de prescripción de la acción y se absuelve tanto a la empresa por cuya

cuenta trabajaba la operaria lesionada, como a la arrendadora de la maquinaria cuyo funcionamiento defectuoso originó el accidente. La Audiencia Provincial rechaza la excepción de prescripción y, estimando parcialmente la demanda, condena tanto a la empresa arrendadora de la maquinaria como a la empresa arrendataria, reduciendo la indemnización solicitada de quince a ocho millones de pesetas. El TS estima el recurso interpuesto por la arrendadora, absolviéndola del pago de la indemnización (Pte.: Martínez Calce-rrada). Hay un Voto particular del Magistrado Sr. Corbal Fernández, disintiendo de la absolución de la empresa propietaria de la máquina, pues frente a la ruptura del nexo causal por causa del arriendo, se sostiene que el defecto de la máquina existía ya en el momento de la entrega de la cosa, y la negligencia de la empresa arrendataria no elimina la responsabilidad de la arrendadora al incumplir el contrato de arrendamiento de la máquina. En mi opinión, parece indudable que la operaria lesionada carece de toda vinculación contractual con aquélla; pero en este caso el hecho determinante del daño es complejo, pues, de una parte, se trata del incumplimiento de la obligación de seguridad por parte de la empresa arrendataria, y, por otra, concurre en la producción del resultado dañoso la negligencia de la arrendadora al entregar una cosa no apta para el destino de la máquina, sin que la conducta omisiva de la primera, al no denunciar los vicios de la cosa arrendada, pueda perjudicar a la lesionada. Por ello, veo con simpatía las razones alegadas en el voto particular, pues no se trata de pluralidad de empresas que han contratado, o subcontratado, con la operaria lesionada, sino de pluralidad de responsabilidades concurrentes sobre un mismo objeto. Al menos, cabría declarar una responsabilidad civil subsidiaria de la empresa vendedora. (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: muerte de tractorista en paso a nivel: conducta diligente del conductor del tren: evolución jurisprudencial.—En la doctrina jurisprudencial no se ha perdido nunca el matiz subjetivista de la culpa, a pesar de que por algún sector de la doctrina científica se ha querido llegar a desprenderse del mismo, e imponer la responsabilidad por riesgo, con carácter objetivo; lo sancionado por la doctrina jurisprudencial es la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al demandado acreditar que ha obrado con el cuidado debido, meta que se ha alcanzado en este caso respecto al maquinista, porque su comportamiento en la conducción de la máquina ferroviaria la ha conformado a las normas de prudencia exigidas por las circunstancias del caso, consistente no solamente en no rebasar el límite de velocidad en ese tramo de vía, y hacer sonar la señal acústica para advertir de su presencia a los usuarios del camino que cruza la vía, sino que lo hizo repetidas veces, siguiendo no obstante su marcha al observar que el conductor del tractor disminuía la velocidad de su vehículo, y que manifestaba su intención de pararse, pero al final al no respetar aquél la señal de *stop*, cuando se encontraba aproximadamente a ciento cincuenta metros del paso a nivel, el maquinista accionó los frenos de emergencia sin que pudiera evitar el arrollamiento, por lo que es claro que, respecto al maquinista, el hecho que determinó el accidente fue la conducta antirreglamentaria de la propia víctima.

Responsabilidad de RENFE por hecho propio: concurrencia de culpas.—La responsabilidad de RENFE ha sido apreciada en la sentencia recurrida, no en base a la responsabilidad por hecho ajeno, inexistente en este caso, sino a las actuaciones u omisiones de la propia entidad ferroviaria, a la que alcanza la responsabilidad por la deficiente señalización del punto peligroso que representa un paso a nivel sin barreras; responsabilidad que es compartida con la actuación culposa de la víctima.

Daños morales: falta de legitimación de la mujer en trámite judicial de separación al tiempo de ocurrir el accidente.—Al reclamarse únicamente los daños morales no pueden otorgarse cuando los cónyuges, no sólo estaban separados de hecho, sino habían ya iniciado el trámite de separación judicial. (STS de 14 de junio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Considero adecuada la diferenciación que hace la sentencia entre la conducta del maquinista y la de RENFE en relación con el accidente ocurrido. Parece correcta la exoneración de responsabilidad de aquél cuando, según las circunstancias, ha hecho lo debido: avisar reiteradamente su presencia y circular por debajo de la velocidad máxima permitida en el tramo; el tractorista pudo creer que le daba tiempo a atravesar el paso a nivel y, acaso por ello, vaciló en su marcha, induciendo a error al maquinista, disminuyendo primero su marcha y luego acelerando para atravesar las vías. Todo ello ocurre en pocos segundos, y cuando el maquinista advierte la realidad, aunque frena, no puede evitar el arrollamiento del tractor. Por el contrario, la conducta de RENFE es la habitual desde hace varios años: la de no suprimir los pasos a nivel sin guarda. ¿Cuándo se escucharán en la dirección de aquélla los lamentos de los familiares de las víctimas de accidentes ferroviarios? Los beneficios de tal supresión afectarían a todos; a los eventuales perjudicados, a la propia empresa que periódicamente ha de hacer frente a reiteradas reclamaciones judiciales, y a los usuarios, en general, del ferrocarril y de la carretera. Correcta también la denegación de indemnización por daño moral a la mujer de la víctima, separada de hecho y en trámites de juicio de separación. Un caso similar (aunque la víctima fue una mujer que cruzó a pie el paso a nivel) fue el contemplado por la STS de 25 de febrero de 2000, en la que se estimó agravada la responsabilidad de RENFE en razón a sus circunstancias, aunque también se declaró la concurrencia de culpas ¿Lamentos, hasta ahora, sin ecos? (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: daños por obras en finca colindante: doctrina general sobre daños continuados: *dies a quo* del plazo de prescripción.—La STS de 19 de enero de 1988 dice que «fuera de los daños instantáneos, la de aquéllos de cierta permanencia ha obligado a sentar criterios sobre el *dies a quo* en el plazo prescriptivo del artículo 1968 CC. Y así, por más recientes, ya la S de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado; y cuya doctrina ha sido ratificada por la posterior de 6 de mayo de 1985 y por la más reciente de 17 de marzo de 1986». La STS de 15 de marzo de 1983 reitera que «es también uniforme doctrina jurisprudencial la de que cuando se trata de los

daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuándo no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, y 25 de junio de 1960, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (STS de 25 de junio de 1990)». En igual sentido se manifiesta, con cita de otras varias, la STS de 24 de mayo de 1993 según la cual «no puede olvidarse tampoco que es también consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida».

No hay daños continuados, sino agravamiento por falta de reparaciones.—Los daños cuya reparación se solicita consistieron en el deterioro de la estructura del edificio propio como consecuencia de las obras de demolición y excavación ejecutadas en el inmueble colindante, apareciendo en la casa de la actora inmediatamente después de iniciadas aquéllas, por lo que no puede hablarse de daños continuados en el sentido a que se refiere la doctrina jurisprudencial citada antes, que exigen que la causa originadora de los daños persista durante un mayor o menor lapso de tiempo, en su eficacia lesiva de los bienes ajenos. Ahora bien, el agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación, habiendo cesado la causa productora de los mismos, no puede dar lugar a la aplicación de la citada doctrina, y al no entenderlo así, en relación con el artículo 1968, párrafo 2.º, CC, ha de acogerse el motivo; y aunque el recurso ha sido interpuesto por uno solo de los codemandados, tratándose de responsabilidad solidaria, la estimación de la excepción de prescripción beneficia a todos los codemandados condenados. (STS de 20 de julio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—La distinción entre una causa actual productora de daños, que se prolongan estos últimos en el tiempo por inacción de la perjudicada, y, por otro lado, una causa continuada en el tiempo que sigue causando perjuicios que también se prolongan en el tiempo debido a esta última, es fácil de establecer doctrinalmente, pero no siempre fácil de determinar *in casu*. No hay suficientes datos fácticos en la sentencia del TS para inclinarse por calificar uno u otro supuesto, ni tampoco sobre el tiempo que, efectivamente, transcurre entre la producción de los daños y la presentación de la demanda. Sumariamente se habla del deterioro de la estructura del edificio como consecuencia de obras de demolición y excavación; no parece que las obras causantes se produzcan *uno ictu*, y, a su vez, que los daños producidos de una vez, ya no se reiteren. En mi opinión, mientras las obras no finalicen, no desaparecerá el temor de que vuelvan a reiterarse los daños en la finca colindante; sorprende también que no se levantara acta notarial de los daños una vez producidos así como de las obras causantes mientras se realizaban. Por lo demás, es interesante el extracto que se hace en la sentencia de la doctrina general sobre daños continuados (Pte.: González Poveda). (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; culpa por defectuosa organización del hospital psiquiátrico: enferma con graves trastornos psiquiátricos que se autolesiona.—La asistencia a los enfermos mentales ha de contar con los riesgos y lesiones que estos enfermos pueden infligirse tanto a sí mismos, como a terceros. En la STS de 22 de abril de 1997 la condena del INSALUD se basa en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En el presente caso es demandada la Diputación Provincial de T. de la que depende el Centro Psiquiátrico demandado, y su responsabilidad es directa y solidaria como reitera la jurisprudencia (SSTS de 8 de febrero y 10 de marzo de 1989 y 6 de junio de 1997). Es directa como empresa por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos. En el presente caso, existió una manifiesta asistencia defectuosa porque se trataba de enferma con graves trastornos psiquiátricos, a los que añadía una agitación grave e importante de tipo psicomotriz que no cesó después de la inyección de tranquilizante ordenada por el doctor asistente a la paciente, ordenando a continuación la contención mecánica sin registrar si portaba algún objeto peligroso para la enferma o terceros, de modo que tal contención se realizó sin impedimento de que pudiera la asistida sacar un mechero de sus ropas e incendiarlas, y la cama en que quedó sujeta, habiéndola dejado sola, y apercibiéndose de lo acaecido por los gritos de la autoquemada que ha perdido cuatro dedos de la mano izquierda y sufrido grave abrasamiento palmar.

Aplicación del artículo 1903 CC.—En el presente caso la perjudicada demandó al personal sanitario y al centro hospitalario, absolviéndose en la instancia a los primeros; pero cabe también una demanda exclusiva del centro conforme a SSTS de 21 de julio y 25 de noviembre de 1997, con base en la conducta culposa de aquél. Por ello, manteniéndose la absolución de los sanitarios cabe mantener la condena del centro por actuación negligente, sin que se haya infringido el artículo 1903 CC. (STS de 21 de junio de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: resultado desproporcionado.—Cuando el resultado producido en el ejercicio de la actuación médica es claramente desproporcionado a lo que comparativamente es usual en él, quien lo causa en tales términos debe probar que su actuación ha sido ajustada a la *lex artis* con el empleo de medios y conocimiento adecuado, y que dicho resultado ha sido debido a causa ajena e imprevisible e inevitable; es rechazable la simple alegación de ser «un accidente» el resultado de la operación médica, o debida «a la caída de la paciente» o, simplemente, que fue debida a fuerza mayor. (STS de 19 de julio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Puede hablarse de una jurisprudencia ya consolidada de la Sala 1.^a sobre la responsabilidad médica por resultado desproporcionado. Cfr. mi anotación a STS de 21 de diciembre de 1999 (ADC, 2001, pp. 968 ss.); también SSTS de 9 de diciembre de 1999 y 11 de abril de 2000 (extractadas en ADC, 2001, pp. 967 s. y 1310). Asimismo, anotación de M.^a Begoña Ribera Blanes a STS de 29 de junio de 1999 (ADC, 2001, p. 969 ss.) (G. G. C.)

60. Responsabilidad extracontractual médica. Fundamentos del derecho del paciente a ser informado por el médico.—La iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la *dignidad* de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la *libertad*, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989, de 18 de junio). Además, tiene su fundamento este derecho del paciente a ser informado por el médico en los Convenios Internacionales, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (principalmente en su Preámbulo y arts. 12, 18 a 20, 25, 28 y 29); como en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950*, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9; como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966*, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10; y, más recientemente, por 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, de 4 de abril de 1997*. Está regulado también por la *Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986*.

El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental.—Es una de las últimas aportaciones realizada 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. 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.

Obligación de informar al paciente: su prueba corresponde a los profesionales que practicaron los actos médicos.—Aunque en un principio la jurisprudencia del TS mantuvo que era al paciente a quien correspondía acreditar que no le fue interesado su consentimiento acerca de los actos médicos realizados, tal doctrina ha sido abandonada y la jurisprudencia mantiene ahora paladinamente que la prueba de la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron los actos médicos, por ser quienes se hallan en situación más favorable para conseguirla (SSTS de 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000).

La poca frecuencia de una complicación, derivada de una actuación médica, no exime al profesional de la medicina del deber de informar de los riesgos y peligros de dicha actuación.—Poco importa la frecuencia de una complicación a efectos de la información al paciente y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, ya que si la posible complicación es perfectamente conocida debe manifestársele al paciente. (STS de 12 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La pretensión de la actora consistió en solicitar una indemnización de daños y perjuicios (de treinta millones novecientas veintiocho mil cuatrocientas cinco pesetas) del cirujano que la intervino, en base a una negligente actuación de éste consistente en falta de información adecuada a la enferma y defectuosa actuación del demandado en su cometido operatorio. Quedó demostrado que

el daño causado a la enferma no fue consecuencia de una mala práctica o fallo, sino que lo fue por una complicación inherente a toda intervención de ese tipo. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimando parcialmente el recurso de la actora, condenó al demandado a pagar la suma de siete millones de pesetas más el interés legal de dicha suma desde la fecha de la sentencia, por no informar al paciente de la posible complicación consustancial a la clase de intervención realizada. Esta sentencia fue recurrida sólo por el cirujano demandado y el TS no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

61. Responsabilidad médica: prestación sanitaria defectuosa: responsabilidad contractual directa de la entidad aseguradora.—Se ejercita una acción contractual por los resultados dañosos derivados de la deficiente prestación sanitaria de la entidad demandada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que liga a las partes, debido a la defectuosa prestación del servicio por personal y en un centro pertenecientes al cuadro médico de la demandada, siendo indiferente que la relación de los médicos sea laboral, o no lo sea, y de si hay mayor o menor grado de dependencia entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro, encuadrándose la responsabilidad directa de la compañía en los artículos 25 y 28 de la LGDCU de 1984.

Secuelas médicas.—Las secuelas irreversibles que sufre el recurrente en brazo y mano derecha son debidas al tratamiento quirúrgico y hospitalario en general, al que fue sometido, a causa de una inicial fractura que generó diversas intervenciones a cargo de diferentes médicos; la lesión del nervio radial, producida en una de las operaciones, como consecuencia de un indebido pinzamiento, determinaron aquellas secuelas que no se hubieran producido con un tratamiento prestado en su momento y con adopción de los medios adecuados.

Aplicación de la LGDCU: artículos 1 y 28.—Según la STS de 1 de julio de 1997, al caso resulta aplicable los artículos 1 y 28 de la Ley de 1984 que incluye expresamente a los servicios sanitarios, sin que se haya demostrado la culpa exclusiva de la víctima, ni la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor exoneratorias.

Responsabilidad por los dependientes.—La conexión de los preceptos mencionados con el artículo 1903 CC resulta evidente pues cuando la deficiencia de los servicios que se compromete a prestar la entidad aseguradora privada, se producen dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de dichos servicios sanitarios, la ley presume una relación de dependencia, aunque no se formule como dependencia laboral, bastando con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos, para que se produzcan los supuestos normativos de la responsabilidad directa y objetiva, que no excluye, a efectos internos, que la entidad aseguradora pueda reclamar al causante de los daños. (*STS de 19 de junio de 2001; no ha lugar.*)

NOTA.—Cabe mencionar reciente jurisprudencia en una dirección paralela: así STS de 29 de junio de 1999 (*ADC*, 2001, pp. 969 ss., anotada por M.^a Begoña Ribera Blanes); STS de 24 de septiembre de 1999, en un caso de implantación de un DIU; STS de 5 de octubre de 1999, en un contagio de hepatitis C (*ADC* 2001, p. 977, anotada por Díaz de Lezcano); STS de 22 de noviembre de 1999 (*ADC*, 2001, pp. 974 ss., anotada por Díaz de Lezcano). (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

62. Acción reivindicatoria y acción declarativa de dominio. Concepto de la segunda.—Es la que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad, como acción meramente declarativa, que carece del requisito de ser poseedor el demandado y del efecto de condenar a éste al reintegro de la cosa objeto de la acción (SSTS de 14 de marzo de 1989, de 21 de mayo de 1990 y de 10 de julio de 1992, entre otras).

Prohibiciones de disponer voluntarias: efectos.—La prohibición de disponer, como limitación al derecho de propiedad en su facultad de disposición, tan sólo cabe ser impuesta convencionalmente en acto a título gratuito; si se establece en acto a título oneroso no tendrá otro carácter que el obligacional, sin constituir una limitación al derecho de propiedad que prive a su titular del poder de disposición (STS de 26 de julio de 1993).

Valor de la firma en un documento.—La firma es la expresión externa y escrita de la asunción del contenido de un documento. Ante un negocio jurídico bilateral plasmado en un documento, la falta de firma de una de las partes implica su no aceptación y, por consiguiente, la no perfección de dicho negocio jurídico. (STS de 17 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante un contrato de 7 de agosto de 1976 doña Ramona V. F. entrega a sus hijos una serie de fincas para que las disfruten, con las obligaciones, por parte de éstos, de alimentarla, cuidarla y pagarle una renta en especie. El documento no fue firmado por la madre «por si los hijos incumplían con sus obligaciones». Posteriormente, los hijos incumplieron y doña Ramona V. F. plantea una acción declarativa de dominio y el reintegro de las fincas en base a la resolución del artículo 1124 CC. El Juzgado estimó la demanda y consideró el contrato, de 7 de agosto de 1976, «de vitalicio». La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, pero estima que la actora no transmitió la propiedad de las fincas, únicamente, celebró un contrato de partición *inter vivos*. La viuda de uno de los hijos (también codemandada) recurre en casación y el TS casa la sentencia y la anula sólo en cuanto a las costas de primera instancia que le habían sido impuestas a la recurrente en casación; no obstante, en sus fundamentos de derecho, precisa esta sentencia: *a)* que lo que se interpuso fue una acción reivindicatoria, no declarativa de dominio ya que se pide el reintegro de la posesión de las fincas, y *b)* que el contrato celebrado por los litigantes es innominado por declaraciones tácitas y no tiene validez el documento privado de 7 de agosto de 1976 al no ser firmado por una de las partes. (*I. D.—L.*)

63. Adquisición de los títulos nobiliarios por prescripción adquisitiva extraordinaria.—En relación con este tema se ha producido una evolución en favor de la seguridad jurídica; en efecto, así como en el sistema tradicional castellano los títulos nobiliarios eran imprescriptibles, actualmente es posible la prescripción adquisitiva extraordinaria o inmemorial de los títulos nobiliarios siempre que se cumplan dos requisitos: la posesión y el tiempo. En relación con la primera ésta debe reunir las cualidades de continua, no interrumpida, pacífica, pública y no equívoca; por lo que se refiere al tiempo, el disfrute del título debe haber alcanzado los cuarenta años, ya sea por el actual

poseedor, ya sea por la unión de la posesión de este último con los que le han precedido en su misma línea.

No constituye requisito de la prescripción adquisitiva extraordinaria de títulos nobiliarios, el pertenecer a las líneas sucesorias del último titular o del originario.

Imposición de las costas en los juicios de mayor cuantía de títulos de nobleza.—En este tipo de juicio la imposición de costas no se rige por el principio de temeridad, sino que se aplica el principio general de vencimiento. (STS de 11 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—S. D. C. interpone demanda contra J. L. U. S., actual poseedor del título nobiliario de Castilla de Marqués de San Román de Ayala, solicitando la declaración del mejor y preferente derecho genealógico del actor para usar y disfrutar de dicho título. Éste fue concedido por S. M. el Rey Carlos II a D. R. con el nombre de Marqués de San Jorge por Cédula de 25 de junio de 1691.

Por cédula de 21 de agosto de 1797 de S. M. el Rey Carlos IV, dicha denominación fue sustituida por la de Marqués de San Román siendo concedido el goce y sucesión del título a M. G. M. B., última poseedora del título antes de que fuera rehabilitado por el padre del demandado, en virtud de Real Decreto de 12 de junio de 1916.

J. L. U. S. entró en posesión del título en virtud de Carta de Sucesión otorgada por Orden de fecha de 28 de marzo de 1950.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda; el recurrente en casación alega falsedad en la cita de la genealogía colateral consanguínea del instante de la rehabilitación del título. (B. F. G.)

64. Acción reivindicatoria. Identificación de la finca. No la impide la falta de exactitud sobre su cabida.—Como es sabido, por una constante y pacífica jurisprudencia del TS, al interpretar el artículo 348 CC, la mayor o menor cabida de un inmueble no empece a su identidad, ya que tal medida es un dato secundario, si hay una perfecta identificación de la finca y de sus linderos.

Principio de legitimación registral. Presunción de veracidad o concordancia del artículo 38 LH. Naturaleza de presunción *iuris tantum*.—Las presunciones que establece el artículo 38 LH tienen un carácter *iuris tantum* y, por ello, la falta de prueba de la realidad de dichas presunciones no puede eludirse mediante la aplicación del artículo 35 LH.

Inmatriculación de finca a favor de la Iglesia Católica. Eficacia de la fe pública registral. Necesidad de que transcurran los dos años previstos en el artículo 207 LH.—Los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación. Lo que quiere decir el artículo 207 LH es que el adquirente del inmatriculante, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues, así cabe hacerlo de acuerdo con la doctrina científica y por interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; y ello por la razón de que la fe pública registral (art. 34 LH), para poder operar, exige adquirir, en forma onerosa, del titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate, y es de lógica in cuestionable que no puede atribuirse mejor condición a los títulos intabulados con el procedimiento excepcional del artículo 205 LH que a los que lo fueron por pro-

cedimientos ordinarios, pues como dice la doctrina científica, el artículo 207 LH es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, y prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados por los artículos 205 y 206 del mismo texto, y como quiera que los demandados son los inmatriculantes, no pueden verse protegidos por el principio de fe pública registral (cfr. STS de 21 de enero de 1992).

Montes vecinales en mano común. Su carácter inalienable e imprescriptible impide la protección que dispensa la fe pública registral.—Conforme al artículo 2.º de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales, y al mismo artículo de la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, los montes vecinales en mano común son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Consecuencia de lo anterior es que no puede aplicarse la protección del artículo 34 LH, al existir una prohibición legal para enajenar, que determinaría la nulidad radical absoluta de cualquier venta, por ilicitud del acto, que no puede quedar convalidada por la inscripción, ni por posteriores transmisiones. (STS de 15 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Por los demandantes, vecinos de la Parroquia de Larín (La Coruña), se solicitó la declaración de que el monte de San Roque pertenecía como monte vecinal en mano común, a todos los vecinos de dicha parroquia; así como que se declarase la nulidad de la inscripción que, a su favor, había practicado la Iglesia Católica en el Registro de la Propiedad, y de las escrituras de compraventa de parcelas que la misma Iglesia había efectuado a favor de distintos particulares. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la naturaleza de monte vecinal en mano común, así como la nulidad de la inscripción del mismo a favor de la Iglesia Católica y de todos los contratos traslativos de dominio que se había verificado sobre dicho monte. La Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso de apelación. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

65. Requisitos de admisión del recurso de casación por denegación de prueba documental.—La admisión del recurso de casación por inadmisión de prueba documental requiere que el interesado haya utilizado todos los recursos que hayan cabido contra la resolución denegatoria o de inadmisión.

Anotación preventiva de embargo. Preferencia para el cobro del crédito.—En virtud del artículo 1923 CC la anotación preventiva de embargo otorga preferencia para el cobro del crédito.

Anotación preventiva de embargo. Subsistencia de los gravámenes anteriores.—Quien adquiere después de un embargo un derecho sobre la cosa embargada, subordina este derecho al resultado del proceso que el embargo anterior garantiza, puesto que quedan subsistentes los créditos garantizados con las anotaciones preventivas practicadas con anterioridad.

Artículo 1218 CC. Eficacia frente a terceros de los documentos públicos.—La escritura de adjudicación de una finca implica la eficacia frente a terceros de dicha adjudicación y de la fecha de la misma.

Prueba de confesión.—Las confesiones con juramento indecisorio carecen del carácter de prueba privilegiada y no son superiores a las demás.

Doble venta. Requisito de buena fe exigido por el artículo 1473 CC.—La buena fe exigida por el artículo 1473 CC, regulador de los supuestos

de doble venta, es un estado de conocimiento y no de conducta. Ello implica que quien colaboró o conoció la doble venta no merece protección, pues se exige buena fe en el comprador e ignorancia de la venta anterior.

Prescripción ordinaria de bienes inmuebles. Artículo 1957 CC.—La prescripción de bienes inmuebles por el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, exige la concurrencia de posesión de buena fe y con justo título. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Sobre la finca objeto del presente litigio existían diversas anotaciones preventivas de embargo entre las que interesa destacar las que constaban con las letras C, E y H: la primera y la tercera por créditos de la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la segunda por créditos de los posteriormente demandados.

Ambos acreedores iniciaron su ejecución sobre el inmueble; es importante destacar que la *Tesorería General de la Seguridad Social* decidió acumular los créditos de la letra H y los ya anotados en la letra C ascendiendo la cantidad total a 12.543.353 pesetas. La ejecución derivada de la letra E culminó con la autoadjudicación a favor de los demandados el 19 de febrero de 1981 por 106.000 pesetas, inscribiendo la escritura en el Registro de la Propiedad. La ejecución acumulada de las letras H y C, por su parte, culminó con la adjudicación de los bienes a favor de R. L. I.

Por la entidad que produjo la anotación preventiva de la letra C, se otorgó escritura de adjudicación de la finca a favor de R. L. I. Este último interpone demanda contra los adjudicatarios de la subasta resultante de la ejecución de los créditos incluidos en la letra E ejercitando acción reivindicatoria y solicitando la declaración de nulidad de escritura pública y cancelación de anotación registral.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados, mientras que la sentencia de alzada estimó la demanda en su integridad. Debe destacarse que tres de los demandados confesaron haber conocido y concurrido a la subasta promovida por la Seguridad Social aunque el demandado-recurrente en casación alega que sólo uno de los demandados realizó tal confesión. (B. F. G.)

DERECHO DE FAMILIA

66. La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros.—Vigente el régimen de sociedad de gananciales entre los esposos hasta el otorgamiento de capitulaciones, no puede ponerse en duda la absoluta corrección de la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia impugnada en lo que se refiere al momento en que se generaron parte de las obligaciones contraídas por el marido de la recurrente en el ejercicio de una actividad de incuestionable carácter ganancial (la explotación de una cafetería-pastelería). En consecuencia, afirma la Audiencia, que de dicha deuda han de responder los bienes que integraban la referida sociedad, en atención a lo dispuesto en los artículos 1362.4.º y 1365.2.º CC, debiendo recordarse que el artículo 1317 del mismo cuerpo legal establece que la modificación durante

el matrimonio del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. La aplicación de la norma contenida en el artículo 1317 CC resulta especialmente oportuna y adecuada en supuestos como el que nos ocupa en que los bienes inmuebles se adjudican a uno de los cónyuges en tanto que al otro se asignan partidas del activo de incierta existencia o de escaso valor. (STS de 24 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—María del Carmen P. A. interpuso tercería de dominio frente a un procedimiento de embargo de una vivienda instado por la *Tesorería de la Seguridad Social* como consecuencia de unas deudas contraídas desde abril de 1983 por su marido en el desarrollo de una actividad profesional. La demanda se fundamentó en una escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada con fecha 15 de febrero de 1985, en la que los cónyuges establecieron un régimen de separación de bienes y acordaron la adjudicación de la vivienda embargada a María del Carmen. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por la *Tesorería de la Seguridad Social*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

67. Uniones de hecho. Reconocimiento constitucional.—Esta Sala tiene ya proclamado, en su S de 22 de julio de 1993, y repetido en la de 16 de diciembre de 1996, que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala 1.ª del TS —*ad exemplum* en sus SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y un largo etcétera— sino por el propio TC —SS de 18 de enero y de 8 de febrero de 1993, entre otras—. Nuestro texto constitucional proclama, en su artículo 39,1, que los poderes públicos aseguran «la protección social, económica y jurídica de la familia», distinguiendo así la familia y el matrimonio. La ya citada S de 21 de octubre de 1992 parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda unión de hecho estable, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE).

Aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC.—La ya mencionada S de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992, que tales uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas, a todos los efectos y consecuencias, como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial —SS de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001—.

Como ha puesto de relieve la reciente e importante S de esta Sala, de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomia es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

Recientemente se han pronunciado diversas leyes de determinadas Comunidades Autónomas, como la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables, de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas, de Aragón; la Ley Foral de 3 de julio de 2000, de Navarra, reguladora de parejas estables y, la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que aplican a estas uniones *more uxorio* una específica normativa derivada de la matrimonial para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos.

Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia, más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy lábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomia, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código civil y así, su artículo 97, atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 CC, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las SS de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996 y, la tantas veces citada, de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 CC, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

No se incurre en incongruencia porque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin causa y se atienda por esta Sala de casación a otra diferente argumentación jurídica. Como tiene señalado la importante S de este Tribunal, de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de la aplicación del derecho al punto controvertido admite una gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de *iure novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*. Específicamente, la S de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996, dictada precisamente con referencia al tema de las «unio-

nes de hecho», ha recogido que el cambio de punto de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la *causa petendi*.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el artículo 14 CE, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la STC 216/1991, de 14 de noviembre. (STS de 5 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 20 de noviembre de 1991 se produjo la ruptura de la unión de hecho formada por Mercedes H. R. P. y Frans Christian K., por desamor o falta de interés mutuo, tras una convivencia marital iniciada en 1976. Desde entonces este último abonó a la primera una suma mensual de setenta y cinco mil pesetas, circunstancia que se prolongó prácticamente durante los dos años siguientes a la desunión. Poco después Mercedes H. R. P. interpuso demanda reclamando a Frans Christian K. una pensión compensatoria o, en su defecto, una compensación por enriquecimiento injustificado o, en última instancia, una indemnización de los daños extracontractuales producidos por la ruptura de la convivencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a Frans Christian K. al pago de una pensión mensual de cien mil pesetas —no queda claro si como pensión compensatoria o indemnización de daños extracontractuales—. Apelada la sentencia por Frans Christian K., la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y condenó al recurrente a pagar a Mercedes H. R. P. la cantidad de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas en concepto de compensación por el enriquecimiento injustificado experimentado. Frans Christian K. recurrió en casación al considerar que no concurrían algunos de los presupuestos de esa institución, pero el TS condenó al mismo a pagar una pensión compensatoria en forma de capital —los dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas antes mencionados— y declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—La aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC a las uniones de hecho puede resultar adecuada para resolver la controversia. Miguel López-Muñiz Goñi, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. (Guía práctica y jurisprudencia)*, 3.ª ed., Madrid, Colex, 1999, pp. 265-268) ya ha puesto de relieve que los presupuestos de esa institución no son específicos de la relación conyugal. Ello tendría lugar en línea con el carácter predominantemente compensatorio atribuido por una parte de la doctrina a la «pensión periódica» prevista por distintas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho (véanse las observaciones de Miquel Martín Casals, «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *DPyC*, núm. 12, 1998, 143-187, pp. 182-183, al artículo 14 de esa regulación), y supondría un importante cambio de tendencia con respecto a la jurisprudencia que hasta el momento ha negado la mencionada aplicación analógica del artículo 97 CC basándose en la necesidad de respetar la libertad de quienes han rechazado la

opción del matrimonio [*vide* Aurora López Azcona, *La ruptura de las parejas de hecho. (Análisis comparado legislativo y jurisprudencial)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 61-64]. Sin embargo, no parece de recibo que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para llevar a cabo la aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC a las uniones de hecho andaluzas se refiera a la necesidad de evitar una vulneración del principio de igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 CE), puesto que el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil por parte de las distintas Comunidades Autónomas siempre puede originar disparidades en la regulación. (*J. M. B. S.*)

68. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad o maternidad. Prueba biológica: su práctica no lesiona los derechos fundamentales a la integridad física o a la intimidad personal.—Es obligatorio someterse a las pruebas biológicas cuando han sido ordenadas razonadamente, dentro del proceso, por la autoridad judicial. En las declaraciones de filiación prevalece el interés social y el orden público, por lo que la realización de las pruebas biológicas no supone vulneración de los derechos a la integridad física o a la intimidad personal (STC de 17 de enero de 1994, y SSTS de 29 de abril, 18 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1999).

Negativa a la práctica de la prueba biológica: valoración.—La negativa a la realización de la prueba biológica constituye un indicio, que unido a otros hechos acreditados en el proceso, permite al Tribunal establecer el nexo causal preciso en orden a la determinación de la filiación discutida (SSTS de 27 de junio 1987 y de 29 de marzo de 2000).

La posesión de estado: concepto.—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. (STS de 24 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor presentó demanda en reclamación de paternidad no matrimonial. En el proceso el demandante acreditó la existencia de una relación sentimental y de convivencia con la demandada; además, solicitó y se admitió la realización de la prueba de paternidad. Dicha prueba biológica no se llegó a practicar por oposición de la demandada. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (*C. O. M.*)

69. La falta de asentimiento de la madre en la forma prevista legalmente no permite por sí misma invalidar la adopción constituida.—El primero de los motivos del recurso denuncia la indefensión de la recurrente frente a la decisión judicial por vulneración de la norma imperativa del artículo 177-2.º CC, que dispone que el asentimiento de la madre para dar en adopción no se puede producir hasta que hayan transcurrido «treinta días» después del parto, todo ello en relación con los artículos 6-4.º CC (sobre fraude de Ley), 6.2 (sobre la renuncia de los derechos), 7.1 (sobre la exigencia de la «buena fe» en el ejercicio de los derechos) y 7.2 (la ley no ampara el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»). No obstante, cualesquiera que sean las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los funciona-

rios públicos o empleados administrativos promoventes e intervinientes en el expediente de adopción, colocando a la recurrente en difícil posición defensiva, no cabe que tal situación objetiva se pueda reparar mediante entrega de la niña adoptada como orden que emane del presente proceso. Se opone a ello la necesidad de respetar, a su vez, el derecho de defensa de los padres adoptivos que han de ser oídos contradictoriamente con la madre biológica y la propia naturaleza jurídica del negocio jurídico familiar de adopción que al crear con fuerza constitutiva, un nuevo estado jurídico, exige para conseguir su ineficacia, la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción, en los supuestos permitidos (art. 180 CC) o, como admite un cualificado y especializado sector doctrinal, con argumentos que esta Sala comparte, para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes, mediante el oportuno ejercicio de la acción de nulidad (en este supuesto no sometida al plazo de caducidad de los dos años). Entre estos últimos, destaca la invalidación o anulación del negocio por vulneración de derechos fundamentales. A la nulidad de la adopción, por infracción de derechos fundamentales, se refiere la STC de 26 de septiembre de 1990 (recurso de amparo 373/1988) sobre un asunto en que «el órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 CE». Por tales razones no es viable la estimación del motivo.

Algunas consecuencias.—El segundo motivo hace hincapié en las responsabilidades y funciones del Ministerio Fiscal en relación con sus dictámenes y peticiones respecto de la cuestión pretendida (arts. 6, 11-3.º, 435-1.º LOPJ en relación con los arts. 9, 10, 14, 24, 39, 47, 118 y 124-1.º-2.º CE). Mas es lo cierto que cualquiera que sean éstas, como ya se explicó en el FJ 2.º no inciden directamente sobre la resolución. Como razona la Fiscalía del TS en su dictamen, «el punto clave del problema radica en el objeto del proceso, que ha quedado definido como pretensión de reconocimiento de la filiación, y, derivadamente, de entrega de la hija. La pretensión de reconocimiento de filiación ha quedado satisfecha por su estimación. Se desestima la petición de entrega en base a dos argumentos: la existencia de una adopción que, al ser constituida por resolución judicial, precisaría ser anulada o extinguida por sentencia judicial y previo ejercicio de la correspondiente acción, que en este caso no se ejercitó. El recurso, por tanto, plantea una cuestión nueva. Por otra parte, la intervención de los padres adoptantes en la eventual impugnación de la adopción sería absolutamente necesaria, de suerte que su anulación *inaudita parte* daría lugar a indefensión prohibida por el artículo 24 CE. Por su lado, el mismo motivo del recurso también hace referencia a la falta de colaboración de los órganos de la Administración autonómica con la Administración de Justicia (arts. 6-7 y 18 LOPJ y 124-1.º y 118-2.º CE) y de sus argumentos cabe inferir las mismas conclusiones que ya se han expuesto, a saber, que la situación creada, bajo cobertura legal suficiente de la que son sujetos necesarios otras personas que han de ser demandadas, no permite resolver en este proceso, cuestiones que escapan a su propio contenido y objetivo. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Manuela V. P. asintió a la adopción de su hija antes de dar a luz a la misma el día 4 de noviembre de 1991 en el Hospital *San Agustín de Linares*. Ello motivó que la Consejería de Asuntos

Sociales de la Junta de Andalucía iniciara la tramitación de un expediente que terminó con la constitución de la mencionada adopción, con fecha 17 de marzo de 1995. Sin embargo, entonces Manuela V. P. ya había iniciado un largo procedimiento judicial de reclamación de la filiación de su hija. El Juzgado de Primera Instancia estimó su demanda mediante S de 6 de abril de 1994. Con fecha 9 de septiembre de 1994, la Audiencia Provincial revocó esa sentencia al resolver un recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales. El día 21 de septiembre de 1999 el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por Manuela V. P., anuló la sentencia recurrida por quebrantamiento de forma y mandó reponer las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento para que se practicara la prueba biológica de maternidad de la recurrente. Recibidas las actuaciones por la Audiencia Provincial, la misma dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales, al reconocer la maternidad extramatrimonial de Manuela V. P. y no admitir el pedimento de ésta de que se le entregara su hija. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre.

NOTA.—Manuela V. P. debió impugnar la validez de la adopción de su hija (art. 180.2 CC) por no haber prestado su asentimiento una vez transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2 CC) —eso mismo apuntan las SSTs de 21 de septiembre de 1999 y de la Audiencia Provincial de 8 de mayo de 2000. Ese planteamiento hubiera llevado a los órganos judiciales a determinar si Manuela V. P. se hallaba o no incurso en alguna causa legal de privación de su patria potestad (art. 177.2 CC). Habiéndose limitado ésta a reclamar la filiación para resolver el conflicto, la tramitación del expediente adoptivo por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía parece que fue precipitada, incluso en el caso de haber concurrido una situación de desamparo en la menor —en la sentencia no se trata esa cuestión. Si en ese momento existieron indicios suficientes para privar la patria potestad de Manuela V. P. y los órganos judiciales no tuvieron ocasión de pronunciarse al respecto, acaso hubiera sido más oportuno haber instado el procedimiento judicial correspondiente. Ello hubiera permitido, en su caso, nombrar un tutor a la menor según las normas ordinarias, antes que constituir una tutela *ope legis* de la entidad pública (*vid.* art. 239. 2 CC). Además, en el momento de tramitar el expediente difícilmente podía apreciarse que las causas del desamparo de la menor y los efectos que ocasionaba fueran especialmente graves y tuviesen un carácter previsiblemente indefinido (véase Neus Cortada Cortijo, en Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy, *La protección de menores, acogimiento, adopción*, Madrid, 1999, p. 153) y menos aún cuando Manuela V. P. había instado un procedimiento de reclamación de filiación. Aun así, la Consejería de Asuntos Sociales optó por no adoptar ninguna medida favorecedora de la inserción de la menor en su familia natural y promovió la adopción (véase Joan Egea Fernández, en Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy, *cit.*, pp. 93-95). En todo caso, la acción de reclamación de la filiación presenta-

da por Manuela V. P. no parece que pudiera afectar a la adopción constituida puesto que, como señaló la STS de 9 de julio de 2001, ello hubiera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los adoptantes. Por ese motivo, ahora la cuestión consiste en determinar si la madre aún puede impugnar la adopción, con base en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) producida por la ausencia de su asentimiento en la forma prevista legalmente (Cf. primer inciso del art. 122 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia), de acuerdo con un criterio sostenido por el TC que en ese caso excluye el plazo de caducidad de la acción judicial (art. 180.2 CC). Con todo, no hay que olvidar la edad que en estos momentos tiene la menor, ni que los órganos judiciales sólo admitirán la extinción de la adopción si ello no la perjudica gravemente (art. 180.2 CC). (*J. M. B. S.*)

DERECHO MERCANTIL

70. Cesión de crédito. No inclusión automática del contrato de Seguro.—El artículo 1528 CC dispone que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio. Si bien la enumeración de los accesorios del crédito que hace el precepto legal tiene un simple carácter ejemplificativo, ello no permite incluir entre esos accesorios que sirven a garantizar el puntual crédito al que sirven, el contrato de seguro, contrato autónomo no dependiente de otro no obstante su finalidad asegurativa, por lo que su transmisibilidad del cedente al cesionario sólo pueden tener lugar en virtud de una estipulación expresa, no automáticamente, como ocurre en los casos de la fianza, prenda, hipoteca o privilegio, que menciona el artículo o cualesquiera otra forma de garantía, real o personal, que cumplan la misma función que los enumerados.

Contrato de seguro. Cesión del derecho al cobro de las indemnizaciones. Requisitos.—La facultad del asegurado de cesión de los derechos nacidos del contrato de seguro al cobro de las indemnizaciones, no necesita el consentimiento del deudor cedido, pero, sí permite pacto en contrario de las partes, pactándose la limitación de la misma al exigir la aprobación del deudor, en este caso la compañía aseguradora, limitación que puede tener la extensión que libremente acuerden las partes en uso de la autonomía de su voluntad (art. 1255 CC). En el caso de autos, la aprobación se limitó a la cesión en operaciones de descuento, así en la «condición primera» se hace referencia únicamente a «aquellas operaciones que hayan sido descontadas por él», disponiéndose en la «condición segunda» que el beneficiario deberá comunicar a la compañía los impagos que se produzcan, cuyo importe no le haya sido repuesto por el asegurado dentro de los treinta días siguientes a la fecha que tuviese conocimiento de dicho pago, sin que pueda hacer valer a su favor más derechos que los que correspondieren al propio asegurado en cuanto al cobro de las indemnizaciones. Se está limitando así la cesión del derecho del asegurado a los impagos de los créditos cedidos en virtud de un contrato de descuento que si, normalmente constituyen el objeto de un sector de la actividad bancaria, nada impide que sean realizadas estas operaciones por entidades financieras de otra clase.

Contrato de factoring. Modalidades.—La doctrina distingue dos modalidades, *el factoring con recurso* en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, configurándose la cesión como una gestión de cobro; y *el factoring sin recurso o factoring propio* en que, a los servicios que caracterizan al *factoring con recurso*, incluido el de financiación al cliente se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de *factoring*, ésta no recae sobre el cliente cedente sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Es decir, en el *factoring propio* o sin recurso se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones pactadas y en el plazo contractualmente previsto. (STS de 2 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Finanmadrid, Entidad de Financiación, S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de los de Madrid contra la entidad aseguradora *Compañía Española de Seguros y Reaseguros Crédito y Caución, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó la demanda con imposición de las costas a la demandada. La Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandada y desestimó el recurso de apelación por adhesión formulado por la actora sin imposición de costas. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

71. Contrato de seguro. Interpretación de cláusulas claras.—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 28 de junio de 1995 y 19 de febrero de 1996) que en materia de interpretación de los contratos ha de concederse preferencia al criterio gramatical recogido en el artículo 1281 CC. Si el sentido gramatical de la cláusula que se pretende interpretar está en clara armonía con la intención de los contratantes, huelga hacer uso de otras formas interpretativas, y en especial la del artículo 1288 CC, que exige que la cláusula sujeta a interpretación sea oscura o contenga algún elemento oscuro.

Interpretación de los contratos.—Es doctrina jurisprudencial (SSTS de 25 de abril de 1997, 25 de febrero y 26 de octubre de 1998 y 6 de febrero de 2001) que en materia de interpretación de los contratos, ha de prevalecer la valoración de la Sala de instancia sobre la que pretenda la parte recurrente, salvo que aquélla sea ilógica, absurda o contraria a Derecho.

Seguros de responsabilidad civil. Concepto de «tercero».—La jurisprudencia (SSTS de 16 de mayo y 13 de diciembre de 2000 y 2 de febrero de 2001) ha otorgado carácter restrictivo a la condición de tercero en esta clase de siniestros a los efectos de la indemnización. (STS de 20 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Construcciones Marco, S. A.*, suscribe un contrato de seguro de responsabilidad civil con *La Vasco-Navarra Española, S. A., de Seguros y Reaseguros*, para asegurar la responsabilidad que puede generarse en la construcción de edificios,

actividad a la que se dedica la asegurada. La póliza garantiza dos clases de riesgos con límite máximo de cuantía distinta. Por una parte, cubre las indemnizaciones por riesgos de explotación, esto es, los daños corporales causados involuntariamente a terceros. En virtud de la disposición 4.^a del «adicional a la póliza» de 24 de enero de 1979, se establece que «no se considerará tercera persona, los que contribuyan directa o indirectamente a la ejecución de los trabajos» aunque no dependan patronalmente de la asegurada. Tales riesgos se garantizan hasta la cuantía de veinticinco millones de pesetas.

Por otra, la entidad *Vasco-Navarra* garantiza igualmente el riesgo empresarial o patronal (los daños sufridos no sólo por los empleados o dependientes de *Construcciones Marco, S. A.*, sino también por las personas que contribuyan directa o indirectamente a la realización de los trabajos tendentes a la realización de la obra, aunque pertenezcan a otras empresas), pero en este supuesto el límite máximo se establece en cinco millones de pesetas.

En agosto de 1986, don Agustín D. N. —empleado de *Coberturas y Protección, S. A.*— sufre un accidente cuando se encontraba instalando aparatos de alarma y detección de fuegos en un edificio que construía la entidad *Construcciones Marco, S. A.* Este accidente le ocasiona lesiones y diversas secuelas. Así las cosas, la aseguradora deposita cinco millones de pesetas por estimar que era la cantidad adecuada en virtud del referido contrato de responsabilidad civil. Por ello, la mercantil *Construcciones Marco, S. A.*, formula juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra *La Vasco-Navarra*, al entender que don Agustín, en la fecha en la que tuvo lugar el accidente, era empleado de otra empresa y que al tener el carácter de tercero a los efectos del denominado riesgo empresarial, la demandada venía obligada a consignar la cantidad de veinticinco millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación interpuesto por *Construcciones Marco, S. A.* El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

72. Contrato de seguro. Deber de información.—El artículo 7 empieza por establecer una doble posibilidad de contratación, por cuenta propia —siguiendo únicamente la decisión del tomador contratante, lo que no es posible, por disposición del art. 83.2 de la Ley, en el seguro para caso de muerte que exige el consentimiento escrito del asegurado, a salvo la presunción que seguidamente establece— o por cuenta ajena —gestionando por otro el cometido mostrado al respecto—, y es relevante en la segunda de las posibilidades la solicitud de seguro que el artículo 6 de la Ley admite con efectos determinados y que aquí se ha producido por el asegurado con una trascendencia definitiva en el impulso de contratación, que no puede desconocerse, pues habiendo de encuadrarse, desde la iniciativa solicitante del asegurado, en la segunda de las modalidades para contratar la formalización del contrato en litigio, ha de tenerse presente que la obligación legal del tomador de poner en conocimiento de la aseguradora todas las circunstancias que puedan influirle en la valora-

ción del riesgo esa obligación viene matizada en la propia ley por el conocimiento que él tenga de esas circunstancias y en el supuesto que aquí contemplamos, tales datos sólo pueden serle proporcionados, y así lo han sido, por el asegurado a través de la solicitud que le correspondía cumplimentar y en la que al hacerlo omitió toda referencia a un concreto estado de su salud para salvar la omisión mediante la observación final de no haber ocultado dolencia alguna asumiendo con ello unas consecuencias que no pueden ser trasladadas a otro, en este caso al tomador, tanto más que la prolongación, la agravación y conocimiento de esto en los tiempos de aquella situación omitida, superponiéndose a los pasos de contratación, ha ido creando la obligación dual establecida en el artículo 11 de la Ley, indistintamente para tomador o asegurado, de comunicar al asegurador las circunstancias que hayan agravado el riesgo —de normal salud tenido presente al contratar— según las fechas que anteriormente quedaran recogidas, y no se ha cumplido en momento alguno pese a lo significativas que resultaron.

Nulidad del contrato de seguro: dolo.—No es exigible la concurrencia de dolo, ni siquiera la de mala fe, para acoger la nulidad del contrato de seguro sustentado en omisiones así nacidas porque para ello basta la declaración inexacta del asegurado, aun hecha de buena fe, que lleve a la celebración de aquél. El dolo determinante de la decisión de otorgar un contrato, según lo contempla el artículo 1269 CC, puede consistir no sólo en la insidia o maquinación directa sino también en la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte y es en esta conceptualización que tiene plena cabida la actuación del asegurado en el contrato litigioso proporcionando al tomador que había de llevar a efecto el contrato, que él había solicitado celebrar, un conocimiento no correspondiente a la verdad de su salud —su condición de médico le permitía llevar a conocimiento de la aseguradora la sintomatología que presentaba, aunque forzosamente se admita que entonces no conocía la gravedad del mal a que respondía, cuando venía afectándole desde largo tiempo— y ese silencio lo mantuvo posteriormente, aunque ya con mayor conocimiento de lo que le aquejaba en grado sumo, antes de la perfección del contrato y siguió manteniéndolo aun después de esa fecha, silencio que pugnaba no ya con su condición de médico, sino, aún más, con el diagnóstico que se le había dado en ese examen al que se había sometido y con el especialísimo y duro tratamiento que se le impuso.

Intención contractual. Presunción.—Es suficiente que pueda racionalmente presumirse que la parte no hubiera celebrado el contrato, puesto que de hacerlo le llevaría a asumir unas condiciones sumamente gravosas que se le ocultan mientras, en contraposición, se suscriben por el asegurado ocultador unas condiciones de normalidad que no existen, se sospechan por él, cuando menos, aquellas otras y se conocen seguidamente éstas a través de medio fiable como es, aparte del aspecto profesional del exponente para ser asegurado, el reconocimiento médico y la prescripción de un tratamiento tan específico como es el de la quimioterapia. (STS de 6 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a J. A. M. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza contra la entidad *Barclays Vida y Pensiones Compañía de Seguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

73. Contrato de seguro. Deber de información.—El deber de información que el artículo 10 de la Ley 50/1980 impone al tomador del seguro, ha sido concebido más que como un deber de declaración, como un deber de contestación o respuesta del tomador, a lo que se le pregunta por el asegurador; aunque este deber de información se extiende a todas las circunstancias subjetivas u objetivas que, de ser conocidas por el asegurador, puedan influir decisivamente en su voluntad de celebrar el contrato, las consecuencias que establece el citado artículo 10 exigen la existencia de un cuestionario formulado por el asegurador previamente a la celebración del contrato. Inexistente en el presente caso cuestionario alguno, no puede establecerse, a su amparo, la consecuencia exoneratoria para la entidad aseguradora de la ocultación de esas circunstancias personales del recurrente.

«Buena fe». Alcance.—La «buena fe» constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad, en tal sentido, la «buena fe», como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata y oferta contratar (precontrato) queda obligado no sólo a lo que se exprese de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales.

Mala fe. Supuesto.—Resulta patente la mala fe del recurrente en sus relaciones con la compañía aseguradora, al concertar el seguro a través de un testafarro con la evidente intención de ocultar su personalidad, dado el anterior siniestro de similares caracteres al ahora padecido que había sufrido el demandante en el ejercicio de su actividad, así como la simulación de una cesión de crédito por su testafarro, empleado suyo, sin que en ningún momento se haya acreditado la existencia de la deuda que se establece como contraprestación y que se dice derivar de los negocios existentes entre ambos, cesión orquestada con la única finalidad de crear una apariencia de legitimación frente a la aseguradora para la exigencia de la indemnización reclamada; mala fe que se patentiza igualmente en el hecho de ocultar a la aseguradora la producción de un incendio en el mismo camión y en el mismo día, ocurrido en el término municipal. (STS de 22 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. N. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 56 de los de Madrid, contra la entidad *Zurich International Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda e impuso las costas al demandante. La Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Contrato de seguro. Necesidad de cuestionario.—El artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, relaciona el deber de veracidad del asegurado con el cuestionario, como derecho y deber del asegurador de someter al mismo a aquél, hasta tal punto que «quedará exonerado

de tal deber» (de declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo) «si el asegurador no le somete cuestionario ...» tal como dispone el último inciso del primer párrafo de dicho artículo 10. La razón última de esta norma no es que deje de protegerse la veracidad y la buena fe, sino que no es concebible la exigencia al asegurado que declare, en su contra si es preciso, cuando ni siquiera la parte contraria en el contrato, el asegurador, se ha preocupado en preguntarle sus circunstancias, mediante un adecuado cuestionario. En este sentido, el deber del tomador del seguro ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si ésta no exige dicho cuestionario, como sucedió en el presente caso, debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato.

Seguro de accidente. Infarto de miocardio.—El concepto de accidente se recoge en el artículo 100 de la LCS en los mismos términos que en el contrato de autos, condiciones generales, artículo 2, párrafo primero, cuyo título general es «Alcance del seguro», y que añade que tendrán la consideración de accidentes, apartado n), *los causados por anginas de pecho, cardiopatías e infartos de miocardio*, y en el párrafo siguiente se agrega que no tendrán la consideración de accidentes, apartado 10, las «enfermedades de cualquier clase que no se pueda probar que son la consecuencia directa de un accidente cubierto por la póliza»; dicho en sentido afirmativo: tendrá la consideración de accidente la enfermedad que se pruebe que es consecuencia directa de un accidente cubierto por la póliza; es un accidente sí cubierto el infarto de miocardio. La causa de la muerte del asegurado fue la parada o colapso cardiopulmonar y, añade el certificado de defunción, cardiopatía isquémica (además: diabetes hallitus, carcinoma pulmonar) que, se deriva en un infarto de miocardio. Por tanto, fue un siniestro cuyo riesgo estaba expresamente previsto en el contrato de seguro, el infarto como accidente. Si se plantea el tema de la exclusión de la enfermedad, colapso cardiopulmonar, sí se ha probado que su origen se halla en la cardiopatía e infarto de miocardio, que son consecuencia directa de accidente cubierto por la póliza, como así declara el apartado n), antes transcrito. (STS de 7 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª P. R. B. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Motril contra la entidad *Royal Insurance España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. Dicho Juzgado desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada confirmó la sentencia apelada. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

75. Corredor de seguros. Derechos económicos de comisiones de cartera.—Los derechos económicos de comisiones de cartera, tanto se trate de Agentes como de Corredores de comercio, es bien claro que la vinculación precisa de los tres años, exclusivamente, se impone para los Agentes mediadores y en caso alguno para los Corredores, pues, por un lado, el artículo 28 del Real Decreto-Ley de 1 de agosto de 1985, que aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de la producción de seguros privados, cuando habla de las Comisiones de la Cartera de los Corredores de seguros, dice que los derechos que los artículos 21 y 23 que reconocen a los Agentes corresponderán también a los Corredores de los seguros con las especialidades que se deriven

de la inexistencia del contrato de agencia, y el artículo 58 del Real Decreto de 24 de junio de 1988 que aprueba el Reglamento de producción de seguros privados en cuanto a las Comisiones sobre la Cartera, sanciona en su apartado 1, que el Corredor que cese en el ejercicio de la profesión tendrá derecho a percibir las comisiones de cartera en la forma prevista para los agentes en los artículos 47 a 51, *en lo que sea de aplicación*. Esta reserva de *en lo que sea de aplicación* implica, sin más, que la vinculación a la previa existencia de un contrato de agencia no sea preceptiva o exigible para el Corredor de seguros, puesto que, precisamente, ésa es la nota que le diferencia del Agente mediador. (STS de 22 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. O. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de A Coruña demanda contra la mercantil *Seguros Hemisferio L'Abeille, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña confirmó la sentencia recurrida, con imposición de costas al apelante. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

76. Contrato bancario y usos bancarios. Fijación de intereses.—Cuando las partes contratantes pactaron el devengo de intereses pero no determinaron los criterios para su cuantificación, debe aplicarse el interés legal. Consentir la fijación de los intereses por una sola de las partes, constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo 1108 CC, en relación con el artículo 1101 del mismo texto legal, salvo que esté acreditado el acuerdo de la otra parte contratante; constituye también una infracción del artículo 1256 CC, porque supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes. La existencia de un «uso de carácter bancario» al respecto (intereses bancarios o usuales) no justifica una excepción a lo anterior, debiendo calcularse el interés legal si no se ha pactado otra cosa.

Prueba pericial: valoración por el juzgador. Impugnación en casación.—La valoración de la prueba pericial por el juzgador *ad hoc* es libre y no tiene acceso a casación más que cuando *el órgano a quo tergiverse las conclusiones periciales de forma ostensible o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas*. Procede casar por resultar ilógica y absurda la valoración de la prueba pericial realizada por el juzgador, quien estimó acreditada —conforme a dicha prueba— la exactitud y exigibilidad de los intereses devengados por el saldo negativo, cuando claramente el perito había manifestado la falta de documentación para pronunciarse al respecto. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la solicitud de apertura de una cuenta corriente bancaria se expresó que ciertas partidas devengarían intereses, pero no se señaló su cuantificación. La liquidación se hizo unilateralmente por la entidad bancaria, que interpone —conforme a ello— demanda de reclamación de cantidad. La demanda es desestimada en primera instancia, pero estimada después en recurso de apelación por la Audiencia Provincial. En un dictamen acordado para mejor proveer, el perito había declarado la falta de documentación para una correcta valoración de la liquidación de intereses. En casación, el TS estima que ha lugar parcialmente. (C. J. D.)

77. Contratos bancarios. Transferencia de créditos. Nacimiento del derecho del beneficiario.—La doctrina mercantilista es concorde en que ese derecho de crédito a favor del beneficiario de la transferencia contra el banquero nace en el momento en que es ejecutada la transferencia mediante el abono en la cuenta del beneficiario, esto en el supuesto de que ordenante y beneficiario sean clientes del mismo Banco; o en el supuesto en que aquéllos no sean clientes del mismo Banco, el derecho de crédito del beneficiario surge (contra su Banco, no contra el Banco del ordenante) cuando se ha hecho el abono en su cuenta o cuando se le ha notificado la recepción de la cantidad transferida. (STS de 16 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Urvacar, S. L.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia, contra el *Banco Hipotecario de España, S. A.*, en reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó en parte la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, confirmó la sentencia de instancia con imposición de las costas a la apelante. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

78. Contrato de descuento bancario.—Es un contrato de crédito y de liquidez que se caracteriza porque el Banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero previa deducción de los intereses corresponsientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el Banco de la titularidad del crédito cedido (SSTS de 24 de junio y 19 de diciembre de 1987). La cesión de los créditos objeto del mismo tiene lugar *pro solvendo* y con la cláusula «salvo buen fin» (SSTS de 21 de junio de 1963, 23 de marzo de 1979, 20 de febrero de 1985, 5 de febrero de 1991, 11 de junio de 1993, 21 de marzo de 1997 y 10 de marzo de 2000). Ello significa que la entrega de las letras de cambio sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizadas. El doble mecanismo del anticipo (con el descuento) y el derecho de reintegro en el caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento.

El derecho de reintegro.—En el caso de fracaso en el cobro del crédito, para que el Banco descontante disponga del derecho de reintegro, se exige el cumplimiento de un deber de diligente gestión (SSTS de 19 de diciembre 1986, 21 de marzo de 1997, 11 de octubre de 1999), pues el efecto impagado debe ser devuelto con la misma eficacia jurídica que le fue entregado (SSTS de 18 de mayo de 1987, 3 de abril y 22 de diciembre 1992), de tal modo que si se produce el perjuicio puede darse lugar a una indemnización de daños y perjuicios (STS de 20 de febrero de 1985) o convertirse la cesión *pro solvendo* en cesión *pro soluto* (SSTS de 28 de noviembre de 1988, 21 de marzo de 1997).

Ejercicio del derecho de reintegro.—El derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones (SSTS de 21 de marzo de 1988, 22 de diciembre de 1992 y 1 de febrero de 1995) o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, que como modalidad del derecho de reintegro consistente en la operación de cargar al librador los efectos que resultaron impagados, se reconoce en numerosas sentencias (SSTS de 21 de enero de 1988 y 24 de septiembre de 1993).

Reconocimiento de hechos en contestación a la demanda.—Cuando una pretensión realizada en la demanda es reconocida en el escrito de contes-

tación a la demanda, dicho reconocimiento tiene no sólo el valor de una admisión de hecho que vincula al Tribunal, y por consiguiente queda excluido de la prueba, sino que incluso supone un allanamiento parcial en relación con la pretensión correspondiente del *petitum* de la demanda.

La infracción de ley como motivo del recurso de casación.—El TS tiene declarado reiteradamente con carácter general para las normas reglamentarias, y en concreto en la STS de 11 de julio de 1994 para las Circulares del Banco de España, que al carecer de rango de ley, y no contener normas jurídicas sustantivas civiles, no pueden servir de soporte a un motivo casacional por infracción de ley. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La entidad *Tretzi, S. A.*, había celebrado un contrato de descuento bancario de una serie de efectos cambiarios con el *Banco Español de Crédito*. Con motivo del mismo, la entidad *Tretzi, S. A.*, presenta demanda contra el *Banco Español de Crédito*, en la que solicita que las cantidades líquidas procedentes de los descuentos de los efectos cambiarios se imputen a una deuda que tenía garantizada con hipoteca en lugar de a los saldos negativos de la cuenta corriente; se le entreguen los efectos mercantiles que habían resultado impagados; se le pague el precio recibido de una venta no autorizada de valores en Bolsa y se le retire un cargo indebido que se le había hecho en la cuenta.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por *Tretzi, S. A.*, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda condenando al demandado a entregar al actor los efectos impagados y a abonar el precio de la venta no autorizada de valores en Bolsa, declarando no haber lugar a los demás pedimentos de la demanda. *Tretzi, S. A.*, presenta recurso de casación. El TS acoge el motivo del recurso presentado por *Tretzi, S. A.*, que alega incongruencia de la sentencia por no pronunciarse sobre el cargo indebido que alegaba el recurrente y había sido reconocido por el Banco; casa y anula parcialmente la sentencia recurrida y condena al Banco al pago de la cantidad correspondiente al cargo indebido realizado. (L. S. M. P.)

79. Aval a primer requerimiento. Concepto jurisprudencial.—Esta figura contractual (también denominada aval a primer aviso o garantía a primera demanda), es admitida por la jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 11 de julio de 1983, 14 de noviembre de 1989, 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 30 de marzo y 5 de julio de 2000). El TS afirma que es «una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma».

Aval a primer requerimiento: **caracteres de la obligación del avalista.**—El avalista está obligado a realizar el pago cuando el beneficiario se lo reclame. Es una obligación autónoma, distinta e independiente de las que se derivan del contrato garantizado.

Aval a primer requerimiento. **Requerimiento del beneficiario. Obligación de pago del avalista.**—El denominado aval a primer requerimiento es

independiente del contrato que garantiza. De ahí que el avalista esté obligado a realizar el pago cuando el beneficiario realiza el requerimiento, sin que este último tenga que acreditar que el deudor principal ha incumplido su obligación (entre otras, SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999 y 13 de diciembre de 2000).

Aval a primer requerimiento. Requerimiento del beneficiario. Obligación de pago del avalista. Presunción de incumplimiento del deudor principal: inversión de la carga de la prueba.—El requerimiento del beneficiario al avalista para que abone una determinada cantidad de dinero permite presumir que el deudor principal (obligado garantizado) ha incumplido sus obligaciones (SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999 y 5 de julio de 2000). Es por ello por lo que el avalista está obligado a realizar el pago, salvo que pruebe (inversión de la carga de la prueba) que el deudor principal ha cumplido su obligación (en este sentido, SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 30 de marzo y 13 de diciembre de 2000).

Interpretación de los contratos: competencia de los Tribunales de instancia.—El TS sólo puede modificar la interpretación de los contratos que realizan los Tribunales de instancia cuando se acredite que la interpretación realizada es contraria a la ley. (STS de 12 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1983 la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, se obligó mediante contrato a realizar una serie de obras de urbanización para el Ayuntamiento de Murcia. La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, se constituyó en avalista solidario de las obligaciones de la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.* (se obliga a pagar al Ayuntamiento de Murcia una cantidad de dinero cuando éste realice un requerimiento). Al mismo tiempo, don J. G. J. se constituye en fiador solidario de las obligaciones de la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, comprometiéndose don J. G. J. a pagar a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, las cantidades que a ésta le fueran reclamadas como consecuencia de la ejecución de los contratos antes citados.

En septiembre de 1988, el Ayuntamiento de Murcia realizó un requerimiento a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, para que hiciese efectiva la fianza. La citada entidad abonó la cantidad de dinero pactada.

En virtud de todo lo anterior, la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, interpuso demanda contra la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, y don J. G. J., suplicando se condenase a los demandados al pago de una determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la figura contractual denominada aval a primer requerimiento pueden consultarse los trabajos de Ángel Francisco Carrasco Perera, «Garantías a primer requerimiento», *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 105 a 175, y de

Juan Sánchez-Calero Guilarte, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995. (M. J. P. G.)

80. Contrato de concesión o distribución y contrato de agencia. Diferencias.—El contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y, por lo general, con un pacto en exclusiva —positivo o negativo— vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona. Otra diferencia se da en la nota de la dependencia o no; en ella puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la independencia del agente es básica, cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral puede darse en la concesión cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional ... conforme a sus propios criterios», pues el concedente se los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia, sin que lo excluya la llamada concesión independiente que suele privar en el sector del automóvil por el efecto traslativo del vehículo a favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste, la concesión mercantil también conocido como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos comerciales de las operaciones que realiza con sus clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que proceden y suministra el principal.

Contrato de concesión o distribución y contrato de agencia. Diferencias desde la perspectiva del Derecho comunitario.—El Reglamento 123/1985 de la Comisión de las Comunidades Europeas, no contiene una regulación mercantil completa del contrato de concesión, sino tan sólo el señalamiento de cláusulas usuales en esta clase de contratos (los referidos a distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles) conformes con las normas comunitarias sobre la libre competencia, no es menos cierto que de su articulado se llega a la conclusión de que entre las categorías de acuerdos a que se aplica se encuentra el contrato de concesión y no el de agencia; así el artículo 1 establece como finalidad de estos acuerdos «la reventa vehículos automóviles concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en la vía pública y, en relación con ellos, piezas de recambio», finalidad de reventa que está ausente en el contrato de agencia, tanto en su regulación por la Ley 12/1992, como en la Directiva 86/653/CEE; asimismo, las cláusulas a que se refieren los artículos siguientes, como las definiciones del artículo 13, corresponden a un contrato de concesión y no a un contrato de agencia.

Pacto de exclusiva. Notas características.—Este pacto entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. El principio *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la prác-

tica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exclusión de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren, siendo éste el sistema seguido por nuestro Código civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados median relaciones obligacionales por tiempo indefinido. Las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país, que tratan de esa materia, adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1509 CC italiano, ya señalando un plazo de duración para los mismos, cual ocurre en el párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de los agentes de la propiedad inmobiliaria de 6 de abril de 1951. La jurisprudencia proclama la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Si no se pacta la fecha en que el contrato deja de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. La revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singularmente indemnizatorias que podrán acompañar a la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo.

Novación: apreciación por el Tribunal de instancia.—La novación precisa que se produzca un cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra, con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera, lo que plantea un problema de interpretación que es privativo de la Sala de instancia a cuyo criterio hay que estar en tanto no se ha impugnado por ser irracional o ilógico.

Incumplimiento contractual. Motivo de casación.—La determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor, así como si ello justifica el de la otra parte, es cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia sólo combatible en casación, vigente la reforma introducida por la Ley 10/1992, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas legales reguladoras de la misma que se estime han sido infringidas, si bien esta doctrina ha sido matizada, en el sentido de que también puede constituir una *queaestio iuris* cuando la base para la determinación del incumplimiento está, más que en los actos ejecutados, en su transcendencia jurídica, ya que no basta el mero incumplimiento parcial para la resolución del contrato, pues que, en homenaje al respeto al mismo, ha de patentizarse de forma indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien la producción voluntaria de un hecho obstativo, definitivo e irreformable que impida su cumplimiento, conclusiones jurídicas que ha de ponderar la Sala a través de unos supuestos de hecho dados. (STS de 1 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *JADISA* interpuso demanda ante el Juzgado núm. 3 de Jaén contra *Iveco-Pegaso* sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimo la demanda con imposición de costas a la demandada. La Sección 1.º de la Audiencia Provincial de Jaén esti-

mó en parte el recurso de apelación sin condena en costas. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

81. Concepto de buque. Doctrina general.—El Código de comercio no contiene una definición del buque, al que sí se refiere el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 transitoriamente vigentes a tenor de la DT 6.ª del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, según el cual «se reputarán buques, para los efectos del Código de comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial». Este concepto tiene un carácter restrictivo acorde con el concepto tradicional, mantenido por el Código de comercio, del tráfico marítimo, reducido al transporte de mercancías o personas con finalidad lucrativa; frente a ello, la doctrina moderna tiene un concepto más amplio del Derecho marítimo que se extiende a otras actividades, incluso con finalidad no lucrativa, como son la pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc., a las que se entiende son aplicables las normas reguladoras de la navegación marítima. Esta concepción amplia tiene su reflejo en el concepto de buque, en el que se incluyen los aparatos que reúnan los requisitos de flotabilidad y navegabilidad y que pueda ser utilizado como medio de transporte por mar, excluyéndose de este requisito la necesidad de que sea destinado al tráfico marítimo con finalidad lucrativa, concepto amplio del buque que se manifiesta en alguna legislación extranjera, como el «Código de Navegación» italiano, cuyo artículo 136 define el buque como «cualquier construcción destinada al transporte por agua, incluso con finalidad de remolque, de pesca, de deporte y otra cualquiera». Si bien se trata de una norma de carácter administrativo, el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre «Buques. Abanderamiento, matriculación y registro marítimo», incluye en la Lista Séptima [art. 4.g)] «las embarcaciones de construcción nacional o debidamente importadas, de cualquier tipo y cuyo uso exclusivo sea la práctica del deporte sin propósito lucrativo o la pesca no profesional»; si bien se utiliza aquí el término «embarcaciones», no puede olvidarse la denominación del Real Decreto, «Buques» bajo la cual se engloban también estas embarcaciones dedicadas a las actividades que se relacionan en el artículo 4.g). De otra parte, ha de acudirse al criterio interpretativo del artículo 3.1 CC, teniendo en cuenta que la realidad social actual impone una ampliación del ámbito de la actividad marítima que, si al tiempo de la promulgación del Código de comercio se limitaba al transporte de personas y cosas como actividades con ánimo de lucro, en la actualidad se extiende a otras actividades desconocidas en aquella época y que han de quedar amparadas por las normas reguladoras del tráfico marítimo y, en este sentido, reconocer la calificación de buque a aquellos aparatos aptos para la navegación y que sirvan de soporte para el ejercicio de actividades como las mencionadas anteriormente, aunque las mismas no tengan finalidad lucrativa.

Prescripción de acciones. Régimen civil o mercantil.—La aplicación de uno u otro régimen de prescripción, el del Código de comercio o del Código civil, no entra dentro del ámbito dispositivo de las partes. (STS de 29 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Astilleros de Mallorca, S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Palma de

Mallorca contra don I. H. G., sobre reclamación de cantidad; dicho Juzgado desestimó la demanda con imposición de las costas a la demandante. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó los recursos planteados por ambas partes. Don I. H. G. recurre en casación declarando el TS que ha lugar la casación. (*N. D. L.*)

82. Sociedades anónimas unipersonales.—La LSA en el texto refundido de 1989 no contemplaba la figura de la sociedad anónima de socio único, figura reconocida legalmente a partir de la LSRL 2/1995, de 23 de marzo, que introdujo en la LSA el artículo 311. No obstante, la reunión de todas las acciones en una sola mano venía reconociéndose ya en el tráfico jurídico como demuestra la RDGRN de 21 de junio de 1990 que contempla la posibilidad de la existencia de estas sociedades, señalando que las mismas han de respetar no sólo las reglas de funcionamiento de la sociedad que atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, distribución de dividendos ... etc.), sino también las que disciplinan la organización interna. La sociedad unipersonal ha de contar con los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la LSA y ha de observar los preceptos procedimentales y relativos a la toma de decisiones, salvo los que revisten carácter dispositivo.

Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad y acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales. Diferencias.—Las acciones de responsabilidad que establecen el artículo 262.5 y la DT 3.^a3.^o LSA, de naturaleza análoga, no guardan relación alguna, en cuanto a sus presupuestos, con la acción prevista en el artículo 135 de la misma Ley. En este sentido, la exigencia de la responsabilidad solidaria a los administradores es una responsabilidad objetiva, y es procedente *ex lege*, según establece expresamente la citada DT. (**STS de 24 de septiembre de 2001**; ha lugar.)

HECHOS.—Resulta acreditado que el 31 de julio de 1991 la mercantil *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, compró a los miembros de la familia Pons la totalidad de las acciones que representaban el capital social de *Ibitrans, S. A.*, pasando a ser la citada inmobiliaria socia única de ésta. Pese a que los pactos concertados en la adquisición de la totalidad de las acciones provocaron la remoción de los anteriores administradores al asumir la compradora la «gestión» de *Ibitrans, S. A.*, no se designó persona física que asumiese el cargo de administrador.

Posteriormente, un acreedor formuló demanda de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la mercantil *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, como administradora de hecho de *Ibitrans, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta y condenó a la *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, al pago de la cantidad solicitada por el actor. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la inmobiliaria, revocando, en consecuencia, la sentencia dictada por el Juzgado. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el acreedor demandante. (*M. C. C. M.*)

83. Sociedad anónima. Nombramiento de administradores: inscripción obligatoria pero no constitutiva.—La inscripción en el Registro Mer-

cantil del nombramiento de los administradores no tiene carácter constitutivo, ni condiciona la validez del mismo, de conformidad con el artículo 125 LSA el nombramiento surte efectos desde el momento de la aceptación, y si bien es cierto que del propio precepto y de otras disposiciones (arts. 22.2 CCO y 4 y 94.1 4.º RRM) resulta la obligatoriedad de la inscripción, ésta no tiene carácter constitutivo y, por consiguiente, no obsta a la validez de las actuaciones jurídicas de los administradores desde que tuvo lugar la aceptación. En tal sentido, la exigencia de la inscripción prevista en el artículo 141 LSA no se refiere al nombramiento de administradores sino a la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos.

Ejercicio de los derechos. Necesidad de actuar de buena fe.—La exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo, de esta forma el ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe implica sujetarse a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado. (STS de 1 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sócrates García, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarancón contra *Distribuidora Andaluza de Golosinas, S. A.*, don J. A. R., don M. R. C. y don J. A. R. sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estimó parcialmente la demanda contra la entidad mercantil sin imponer las costas a dichas partes y desestimó la formulada contra el resto de los codemandados imponiendo las costas de esta demanda al actor. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación por la actora ante la Audiencia Provincial de Cuenca que fue desestimado imponiendo las costas al apelante. Recurrida en casación dicha sentencia el TS declara que no ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

84. Sociedad anónima. Administradores. Retribución por participación en beneficios: necesidad de acuerdo previo sobre distribución de beneficios.—El derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la Junta, sino de los Estatutos, y que dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias, pero ello no empece a la necesidad de la aprobación de la distribución de beneficios, tanto por la perspectiva de la existencia y cuantía de los beneficios como por la necesidad de controlar las cautelas que exige la ley en orden a que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes (arts. 74, 102 y 106 LSA 1951; 130 del texto refundido actualmente vigente). Por lo demás, ni la rutina, ni el carácter «familiar» de una sociedad anónima, pueden explicar, y menos justificar, la inobservancia de preceptos imperativos, ni cabe invocar la propia torpeza o desidia para apoyar la legitimidad de la reclamación extemporánea, tanto más si se tiene en cuenta la actitud consentida o propiciada en orden a disimular un reparto de beneficios bajo el disfraz jurídico de préstamos.

Sociedad anónima. Administradores. Retribución por participación en beneficios: beneficio a tener en cuenta.—El beneficio que ha de tenerse en cuenta para fijar la participación de los administradores debe ser la ganancia obtenida en el ejercicio social y no el beneficio acumulado en otros años;

lo que aplicado al caso significa que los beneficios aprobados en el año 1990 en relación con el ejercicio social de 1989 no pueden ser tomados en consideración para obtener retribución o participación por los ejercicios anteriores, o imputable a los mismos.

Doctrina de los actos propios. Presupuestos.—La doctrina de los actos propios precisa que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. (STS de 19 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valladolid demanda contra la entidad mercantil *Promotores de Empresas Hoteleras, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó la demanda e impuso las costas a la parte demandada. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó el recurso con imposición de las costas a la entidad apelante. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

85. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores: responsabilidad por daño: teoría general.—El artículo 133 LSA determina que responderán los administradores, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar el cargo. Este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: una conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del *facere*), en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; la producción del daño y naturalmente; el nexo causal que claro es, habrá de acreditarse; se subraya que con ello se ha rectificado, y se ha corregido la anterior Ley de sociedades anónimas, porque entonces se respondía por los administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los administradores o consejeros es mucho más fornida que la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador o consejero será inevitable; este artículo 133, en su párrafo 2.º, impone la responsabilidad solidaria de todos los administradores-consejeros que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo, salvo los casos de que no conozcan el acuerdo que se adopte (acuerdo que sea atentatorio, cause daño en los términos del art. 133), o bien, en el caso de que lo conozcan, se hubiesen opuesto expresamente al mismo; se habla asimismo en el artículo 134.2.º, de que la Junta podrá transigir o desistir del acuerdo adoptado, etc., con el singular efecto de rechazo sobre la destitución de los administradores afectados.

Responsabilidad de los administradores. Responsabilidad por daño: modalidades.—La Ley distingue entre la acción social y la acción individual.

a) *Acción social.* Lo que caracteriza a la acción social, es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distin-

guirra de la acción individual, en la cual ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos, según el artículo 135; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social procederá cuando una conducta transgresora del consejero o del administrador, por alguna de esas causas, daña a los intereses sociales; luego la ley desarrolla la legitimación activa, esto es, ante este daño de interés social puede ejercitar la acción correspondiente:

1) *Quien se considere dañado o perjudicado*, el ente social, porque, es justamente el receptor del daño, ente social que precisa un acuerdo en Junta con una mayoría ordinaria o simple, en donde se decida, ejercitar la acción de responsabilidad, contra el consejero o contra el administrador.

2) *Accionistas*: luego la Ley habla en su número 4 *ex* artículo 134, en una escalada de posibles legitimados *ad causam* dentro de la activa, que pueden ser los accionistas o los acreedores número 5; y así se expresa que, los accionistas –siempre que sean más del 5 por 100– podrán promover la convocatoria de la Junta para que se adopte el acuerdo de exigir la responsabilidad social contra el administrador o contra el consejero, y, luego, con evidente impropiedad o ligereza evidente, prescribe que asimismo se podrá establecer conjuntamente la acción contra el administrador en los siguientes casos:

Quando los administradores no convoquen la Junta. Pero, se subraya, si no se convoca la Junta, es que no actúa la sociedad ... luego, es una acción individualizada y no concurrente.

Quando, convocada la Junta, se adopte el acuerdo y, sin embargo, no se entable en un mes la acción de exigir la responsabilidad. Luego, también, es una actuación individualizada. No es concurrente.

Quando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; que tampoco aboca a la concurrencia.

3) *Acreedores*: y por último, se contempla en el número 5 de citado artículo 134 la posibilidad del tercer supuesto de legitimación activa *ad causam* que es, en el caso de los acreedores, quienes también podrán ejercitar la acción de responsabilidad social, contra el administrador o consejero infractor, cuando no haya sido ejercitado por la sociedad o sus accionistas, siempre y cuando no exista patrimonio suficiente, para satisfacer sus créditos.

b) Acción individual: junto a la acción social, el artículo 135 prevé la acción individual, de claro contenido sustantivo, porque, ahí parece ser que el legislador mercantilista, sin decirlo, viene ya a referirse al *iuris comune* cuando expresa que «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos»; esta acción individual, tiene las siguientes connotaciones, *a)* se habla de una acción indemnizatoria, y al utilizar la adverbial de «no obstante...», quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, por lo que procede ésta cuando proceda; se repite, que el foco de la distinción con la acción social de esta acción individual de responsabilidad radica en que el acto atacado transgrede intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros; responsabilidad, pues, claramente extracontractual con la exigencia de los presupuestos del artículo 1902 CC y, entre ellos, el indispensable nexo causal; *b)* otro matiz que sobresale es que, por primera vez, en todos los temas de responsabilidad, aquí la Ley no habla de «accionistas» ni de «acreedores», sino de socios y de

terceros, y emerge que pese a repetir la ley de manera reiterativa, el término «accionistas», aquí se habla de socios por primera vez; acaso hubiera sido preferible que se continuase con la palabra accionista porque, normalmente, en la sociedad anónima, el accionista, es socio, aunque en otro tipo de sociedades no cabe esa identidad; c) se habla también de terceros cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener, es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito; y también se cuestiona si el acreedor tiene o no acción individual, pues, si bien no lo refleja el artículo 135, que habla de socios y terceros, el acreedor sí debe estar legitimado para ejercitar esta acción individual, no en cuanto actúe como tal acreedor, sino en cuanto, sin perjuicio de ser acreedor, sea tercero; en definitiva, cuando el perjuicio que se le irroga por parte del acto del administrador o consejero, no sea en su crédito en concreto, sino en el resto de su patrimonio.

Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores. Responsabilidad por deudas.—El administrador responde cuando por la infracción de sus deberes legales no se satisfacen los créditos del acreedor y, por ello, éste reclama frente al mismo: esta situación y el correspondiente deber del administrador, están contemplados en lo dispuesto en los artículos 260.4.º, en relación con el 262.5, LSA, puesto que en el primer supuesto del artículo 260. 4.º se dice que procederá la disolución de la sociedad, a consecuencia de pérdidas que deje reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente; que esa situación de insolvencia, por ende, supone la existencia de tal pérdida, y en consecuencia, la procedencia de la disolución es inconcusa, y así este deber legal viene recogido en el artículo 262.5, al sancionarse que responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopten, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad; se añade que, ahí está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del administrador, cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte en su caso, el acuerdo de disolución en los supuestos en que se determina, en los términos, entre otros, previstos en el repetido número 4.º del artículo 260; y si ello, además, se pone en consonancia con lo recogido en el artículo 127, en cuanto que en el ejercicio del cargo de los administradores, éstos actuarán con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Asimismo, sobre la acción individual del artículo 135 se prescribe que estarán a salvo siempre las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquéllos, y lo dispuesto en el artículo 133, que en cuanto a la responsabilidad en general establecía que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley. (STS de 30 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. G. V. y doña A. M. A. G. formularon demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo contra don D. G. V. y doña M. C. P. F. por responsabilidad de admi-

nistradores sociales. El Juzgado estimó la demanda dirigida contra el primero de los codemandados con imposición de costas a éste y absolvió a la segunda codemandada. La Audiencia Provincial de Oviedo revocó parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

86. Acción individual de responsabilidad contra los administradores. Naturaleza contractual o extracontractual. Plazo de prescripción.—La jurisprudencia del TS revela cierta fluctuación en este tema. En numerosas ocasiones esta Sala (SSTS de 21 de mayo de 1992, 2 de octubre de 1999 y 31 de enero de 2001, entre otras) ha aplicado a la acción individual de responsabilidad el plazo de un año del artículo 1968.2.º CC (por remisión del artículo 943 CCO) en lugar del plazo de cuatro años del artículo 949 CCO, al entender que la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el administrador en el ejercicio de su cargo constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual, pues no existe vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico deber contenido en el principio *naeminem laedere*. Sin embargo, en ésta y otras sentencias (SSTS de 22 de junio de 1995, 29 abril y 2 de julio de 1999) el TS declara que la obligación derivada de la negligencia del administrador, conforme a los artículos 133 y 135 LSA, no tiene naturaleza extracontractual y se rige por el plazo específico de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 949 CCO. Siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción, hay que optar por el de mayor duración, al ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada. En cualquier caso, nada impide que, junto con la acción del artículo 135 LSA por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del artículo 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad.

Acción individual de responsabilidad contra los administradores. Prueba.—El demandante ha de probar la negligencia del administrador en el impago de las deudas sociales, ya que el mero hecho del impago no es por sí solo demostrativo ni de la negligencia del administrador ni del nexo de causalidad directa exigido por el artículo 135 LSA. En este sentido, es doctrina del TS (SSTS de 28 de junio de 2000, 21 de septiembre de 1999 y 30 de marzo de 2001) que para condenar al administrador con base en el artículo 135 LSA no basta que el tercero haya sufrido el daño, sino que es necesaria la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente los daños a tercero.

Incongruencia de la sentencia. Responsabilidad del administrador por aplicación de un precepto no invocado en la demanda.—La más reciente jurisprudencia de esta sala (SSTS de 19 de junio y 16 de noviembre de 2000) tiende a configurar la causa de pedir como el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. En la concreta aplicación de tal concepto a las pretensiones formuladas contra administradores de sociedades anónimas, si bien hay sentencias que optan por una cierta flexibilidad (STS de 1 de diciembre de 1999), la doctrina jurisprudencial se decanta decididamente por considerar como acciones nítidamente diferenciadas la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 LSA y la acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales regulada en

el artículo 262.5 de la misma Ley (SSTS de 21 de septiembre de 1999 y 28 de junio de 2000). En consecuencia, no es congruente el fallo que condene al administrador demandado sobre la base del artículo 262.5 LSA cuando en la demanda se hubiera ejercitado únicamente la acción individual del artículo 135 LSA. No se trata de que en esta materia no rija el principio *iura novit curia*, sino de la improcedencia de estimar una acción que nunca se ha ejercitado, ya que ello provocaría la indefensión del demandado, al alterar la causa de pedir y modificar los términos del debate. (STS de 20 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Agfa-Gevaert, S. A.*, reclama la deuda contraída por la compañía *Comercial Servicios Gráficos, S. A.*, disuelta ya al tiempo de interponerse la demanda. La sociedad actora dirige la demanda contra la compañía deudora, contra el liquidador y contra el último administrador único de aquella para que respondan solidariamente de la deuda. La citada deuda deriva del impago parcial de los contratos de compraventa de unos laboratorios y de diversos productos suministrados para la actividad comercial de la sociedad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, condena a la mercantil y a su liquidador a pagar solidariamente la suma reclamada y absuelve al último administrador único, al apreciar prescripción de la acción ejercitada contra él. Interpuesto recurso de apelación por la mercantil acreedora, la Audiencia Provincial lo estima, condenando también al pago de la deuda al último administrador único de la sociedad deudora y rechazando la excepción de prescripción por entender que el plazo legalmente aplicable era el de cuatro años del artículo 949 CCO. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el mencionado administrador. (*M. C. C. M.*)

87. Derecho de información del accionista: contenido y límites.—Se consolida en la LSA este derecho de información como un derecho mínimo de todo accionista de carácter esencial e irrevocable, que conlleva la obligación de los administradores de proporcionar a los accionistas todos los informes y aclaraciones, así como de rendir cuentas de la actividad. El único límite a dicho derecho será el interés social, por lo que en ningún caso el ejercicio del derecho de información obstaculizará la actividad de la social.

Solicitud de informes: informe de auditoría de cuentas.—El artículo 112 LSA admite la solicitud por parte de los accionistas, ya sea por escrito con anterioridad a la celebración de la Junta o verbalmente durante la misma, de los informes y aclaraciones que estimen oportunos sobre los asuntos del orden del día. Conforme a su reiterada jurisprudencia (SSTS de 14 de noviembre de 1994, 21 de noviembre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001), declara el TS que la denegación injustificada de la solicitud del informe de auditoría por parte del órgano de administración supone la vulneración del derecho a la información del accionista, lo que determina a su vez la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta dónde dicha vulneración se produzca. (STS de 16 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda contra *Cristalerías Erausquín Sevilla, S. A.*, sobre impugnación de acuerdos sociales.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara haber lugar al recurso de casación, considerando que existe la vulneración del derecho de información y declara nula la Junta ordinaria de la entidad demandada, así como nulos los acuerdos adoptados en la misma. (S. E. M.)

88. Derecho de información del socio: artículo 112 LSA.—Declara el Tribunal el carácter consustancial e irrevocable del derecho de información del accionista, con el único límite del grave perjuicio al interés social por su ejercicio. En este sentido, reitera el TS la jurisprudencia reflejada esencialmente en sus SS de 14 de noviembre de 1994, 21 de octubre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001, concluyendo que la negativa por parte de los administradores sociales a proporcionar a los accionistas de forma inmediata y gratuita los informes de auditoría que éstos les soliciten, supone una infracción del derecho de información del socio, que es causa a su vez de la nulidad radical de los acuerdos sociales afectados. (STS de 18 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Contra la sociedad mercantil *Cristalerías Erausquín Sevilla, S. A.*, se interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de la Junta general ordinaria de accionistas de la entidad demandada relativa a la aprobación de las cuentas anuales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara haber lugar al recurso sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (S. E. M.)

89. Juntas de accionistas: clases y convocatoria.—Las Juntas generales, como órgano deliberante y sancionador de la sociedad, tal y como señala el TS, se encuentran minuciosamente reguladas en la LSA (arts. 93 y ss.). Establece dicha regulación un *numerus clausus* relativo a la clasificación de las Juntas generales en ordinarias y extraordinarias. La única distinción entre unas y otras es la periodicidad legal o estatutaria de su reunión, con la única excepción de la aprobación de las cuentas anuales, que es materia reservada al conocimiento de la Junta general ordinaria (art. 95 LSA). Dicha Junta ha de ser convocada dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. El TS niega la posibilidad de la aprobación conjunta de las cuentas anuales de dos ejercicios, debiendo ser en su caso convocada una Junta de carácter extraordinario para la aprobación de aquellos ejercicios que se encuentren fuera del plazo legalmente establecido.

Derecho de información del socio: solicitud de informes.—En el artículo 212.2 LSA se establece, como concreción al derecho general de información del artículo 112 del mismo cuerpo legislativo, el derecho de todo accionista a solicitar toda la información documental que haya de ser sometida a aprobación en la Junta general ordinaria una vez ésta haya sido convocada, así como el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas. Este derecho está concebido para evitar abusos, pero en ningún caso debe ostaculizar la marcha social. El TS, conforme a su reiterada jurisprudencia (esencialmente la contenida en las SSTs de 14 de noviembre de 1994, 21 de octubre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001), declara que la negativa a obtener por parte de los administradores de la

sociedad los informes de auditoría, supone una vulneración del derecho de información del socio. Se afirma igualmente por el TS la nulidad de la constitución de la Junta general ordinaria (art. 115.2 LSA), cuando ésta tenga como único orden del día la deliberación sobre las cuentas auditadas cuya información se solicita. (STS de 26 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por la parte demandante recurso de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la entidad mercantil *Garmendia Hermanos, S. A.*, relativos a la aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios de 1992 y 1993, en Junta general ordinaria celebrada el 29 de junio de 1994.

El Juzgado de Primera Instancia desestima totalmente la demanda formulada. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia desestimando el recurso. El TS declara haber lugar al recurso de casación sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (S. E. M.)

90. Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación del accionista: necesidad de hacer constar en acta su oposición al acuerdo.—Cuando la ley exige «constar en acta su oposición al acuerdo», no se está refiriendo a disentir del mismo y exteriorizarlo en la discusión previa en la que cabe la emisión de opiniones encontradas, que pueden ser incluso modificadas; lo que se requiere es que, una vez tomado el acuerdo, conste su oposición, claramente aunque de forma libre, explícitamente aunque no con la frase sacramental del verbo oponerse; en todo caso, que el oponente salve el voto manifestando su oposición al acuerdo de la mayoría, acuerdo que, evidentemente debe haber sido tomado. Para este tema, la opción del legislador manifestada en el texto legal del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 es clara: no da trascendencia jurídica a cualquier manifestación anterior, sino sólo a la de oposición posterior, *oposición al acuerdo*, no a la previsión, proposición o discusión del acuerdo. Esto no ha ocurrido en el presente caso: los demandantes en la instancia y recurrentes en casación no expresaron su *oposición al acuerdo*, en el sentido en que aparece en el texto legal. Manifestaron estar en contra del mismo en la discusión previa a uno de los acuerdos, pero no más. (STS de 21 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don L. F., doña E, doña M.^a L., doña C. y doña C. D. R. V. y don C. O. Z. E. interpusieron demanda contra la mercantil *Sociedad Anónima Hullera Vasco-Leonesa* por impugnación de acuerdos sociales ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid. Dicho Juzgado desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora. La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso sin hacer imposición de costas. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

91. Retroacción de la quiebra. Doctrina jurisprudencial.—En cuanto a la interpretación del artículo 878, párrafo segundo, CCO, se ha señalado por la jurisprudencia que si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará enseguida el dominio casi absoluto del criterio denominado *estricto o rigorista*, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Ésta doctrina de carác-

ter estricto o rigorista ha sido mantenida en las más recientes SS de 12 y 14 de junio de 2000, en esta última se reitera que la nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo, CCO: la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 LEC. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Guipuzcoano, S. A.*, formuló demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Cerdanyola del Vallés, contra la compañía mercantil *Pedro González, S. A.*; contra la compañía mercantil *Fenolo, S. A.* y contra don F. J. M. T., sobre nulidad contractual. Dicho Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

92. Artículo 878 CCO: nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.—En virtud del artículo 878 CCO, una vez declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes; los actos de dominio y de administración que el mismo realice después de la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos. Según ha declarado el TS en diversas ocasiones (SSTS de 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1991, 24 de octubre de 1989 y 9 de mayo de 1988, entre otras) se trata de una nulidad absoluta o de pleno derecho.

Ejercicio de la acción de nulidad: legitimación activa.—Según reiterada doctrina jurisprudencial cualquier persona está legitimada para el ejercicio de la acción de nulidad, siempre que tenga interés en ello (SSTS de 26 de mayo y 21 de noviembre de 1997).

Legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*: diferencias.—La falta de legitimación *ad processum* es una excepción de naturaleza procesal, mientras que la falta de legitimación *ad causam* constituye una cuestión de fondo puesto que se refiere al derecho, al propio ejercicio de la acción.

Objeto del recurso de casación.—El recurso de casación se da únicamente contra el fallo de las resoluciones y no contra lo razonado en el cuerpo de las mismas. (STS de 26 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—M. M. P. formula demanda contra *Talleres Pimar* solicitando se deje sin efecto el embargo preventivo y la sentencia de remate recaída en juicio ejecutivo tramitado previamente por la citada empresa contra M. M. P. Los títulos de los que se derivó dicha ejecución habían sido endosados a favor de *Talleres Pimar* por la sociedad *Euro-Lares* durante el período de retroacción de la quiebra de dicha entidad.

Tanto en primera instancia como en apelación, se desestima la demanda por apreciar falta de legitimación activa. (B. F. G.)

DERECHO PROCESAL

93. Arrendamientos históricos valencianos. Competencia judicial.—La competencia para conocer el presente recurso corresponde, conforme a los artículos 73.1.a) LOPJ, 40.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y 1730 y 1686 LEC 1881, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, porque el alcance de la DT de la Ley valenciana de 1986, en relación con lo previsto en su articulado, con la preexistencia del derecho valenciano como derecho consuetudinario en los términos contemplados por la ya citada STC 121/1992 y, en fin, con los principios proclamados en el artículo 9 CE, son todas ellas cuestiones de Derecho civil foral o especial que, lógicamente y lo mismo que sucede con el estatal, tiene que interpretarse con arreglo a los principios constitucionales, pero sin que un hipotético desajuste de la interpretación de la norma civil foral o especial por los órganos judiciales de la correspondiente Comunidad Autónoma derive automáticamente la competencia hacia esta Sala, porque en tal caso el órgano de casación autonómico quedaría marginado de una labor tan trascendental y propia como es la de decidir cuál es la interpretación de la norma civil foral más ajustada a la Constitución, decisión que si para las leyes en general incumbe a todos los órganos judiciales según el artículo 5.1 LOPJ, con mayor razón habrá que reconocer a los que legalmente tienen la condición de órganos de casación respecto del Derecho civil foral o especial propio de su Comunidad Autónoma. (STS de 15 de junio de 2001; falta de competencia judicial.)

HECHOS.—Julián M. C. interpuso demanda de resolución de arrendamiento rústico con base en el cambio de calificación del suelo. La arrendataria Dolores O. T. formuló reconvencción en la que solicitaba que se declarase el arrendamiento como histórico valenciano. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. Recurrida la sentencia por la arrendataria, la Audiencia Provincial estimó la apelación y, en consecuencia, declaró su derecho a ser indemnizada con el cincuenta por ciento del plus valor de enajenación de la parcela, al cesar la explotación agraria por modificación de la calificación de la misma como suelo urbanizable, conforme al artículo 5.2 de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos. Interpuesto recurso de casación por Julián M. C., al considerar que el reconocimiento del arrendamiento como histórico valenciano se había realizado con posterioridad a su extinción conforme a la Ley estatal 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, el TS declaró que la competencia para conocer ese recurso correspondía a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. (*J. M. B. S.*)

94. Recurso de audiencia al rebelde: naturaleza, finalidad y cómputo del plazo para su ejercicio. Interpretación del artículo 5 CC.—Como indica el TS, el recurso de audiencia al rebelde tiene su fundamento en el principio de contradicción, formando parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que pretende evitar cualquier tipo de indefensión del ciudadano. La finalidad de este recurso extraordinario es rescindir una sentencia firme. Por ello, tal y como precisa reiterada jurisprudencia

cia (entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 1988, 15 de febrero y 18 de abril de 1992), no se permite acceder al mismo cuando a pesar de acogerse alguno de los motivos, se llega al mismo fallo de la sentencia impugnada. A su vez, el artículo 777 LEC establece un plazo de un año para la interposición del recurso de audiencia «contado desde la publicación de la ejecutiva en el Boletín Oficial de la provincia». El TS pone de manifiesto las distintas declaraciones jurisprudenciales sobre el cómputo o no del día de publicación a los efectos del ejercicio extemporáneo de la acción (a favor de su cómputo cita las SSTS de 25 de septiembre y 20 de octubre de 1987; y en contra las SSTS de 25 de junio de 1968 y 1 de febrero de 1982). A su vez declara la naturaleza procesal del plazo de interposición del recurso de audiencia, por tener éste su origen en una actuación igualmente procesal (notificación edictal de la sentencia), siéndole por ello de aplicación en virtud del artículo 185 LOPJ la normativa sobre los plazos prevista en el artículo 5 CC. Dicho artículo determina que el cómputo de los plazos por meses o por años se realizará «de fecha a fecha». Según el TS en virtud de esta precisión no cabe concluir que a dicho cómputo no le sea también de aplicación la regla de exclusión del día inicial, tal y como sucede en el caso de los plazos señalados por días. Afirma igualmente que el plazo no expira el día equivalente del mes del vencimiento, sino el anterior. Tal precisión, determina el TS, la realiza el artículo para aquellos supuestos en que en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial. Cuando dicho día equivalente exista, será en él precisamente en el que el plazo expirará.

Recurso de casación: normas de valoración de la prueba y motivación.—El TS rechaza que en casación pueda tratar de llevarse a cabo una nueva valoración de la prueba, ya que esto equivaldría a convertir este recurso en una tercera instancia. Igualmente la interposición del presente recurso habrá de motivarse en todo caso en la infracción de normas del ordenamiento jurídico que fueran de aplicación para resolver las cuestiones objeto del proceso. (STS de 25 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. F. A. formuló demanda contra don G. M. G. y los ignorados herederos de su esposa doña J. V. C. reclamando los daños y perjuicios ocasionados en la vivienda de la actora por filtraciones de aguas procedentes de otra vivienda superior perteneciente a los demandados. Se personó en autos don G. M. G., pero no los mencionados herederos, realizándose su emplazamiento a través de edictos publicados en el el Boletín Oficial de la provincia.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados a abonar la cantidad solicitada por la actora, más los intereses devenidos desde la presentación de la demanda así como al pago de las costas. Don J. C. M. V. y don A. M. V., hijos de doña J. V. C., formulan ante la Audiencia Provincial recurso de audiencia al rebelde contra dicha sentencia que fue desestimado. Presentando recurso de casación ante el TS, éste declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se ha reducido el plazo para solicitar la audiencia al rebelde cuando la notificación de la sentencia firme no se realice personalmente. Queda así derogado el artículo 777.1 de la anterior LEC, dónde el plazo era de un año, pasando a ser el plazo actual de cuatro meses a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, en virtud del artículo 502.2 de la LEC vigente. (S. E. M.)