

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, María Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO**

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. Para que se produzca la renuncia de derechos, ha de ser expresa o deducida inequívocamente de actos o hechos, sabiendo lo que se renuncia y una vez haya surgido el derecho.**—No se trata por tanto de una renuncia decididamente convenida, específica y concretada al derecho de retracto de forma precisa, clara y terminante. El examen de la validez y eficacia de la que nos ocupa remite a la aplicación de la normativa legal arrendaticia a la genérica del artículo 6.2 CC, en cuanto actúa como delimitador del alcance de la renuncia de derechos y que ha motivado la doctrina constante de esta Sala de Casación civil que exige, para su eficacia jurídica, que ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (SS de 5 de marzo, 3 de junio, 28 y 31 de octubre y 5 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997). Estas circunstancias no se dan en el caso de autos, ya que aquí se trata de renuncia genérica y amplia, que no cabe

sea admitida, pues su propia naturaleza impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia y una vez el derecho haya surgido.

**Sólo se pueden renunciar los derechos que se han incorporado al patrimonio del renunciante.**—Al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso al arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir, la transmisión del objeto de arriendo a un tercero —cambio de titularidad dominical y persona arrendadora— y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato (SS de 14 de noviembre de 1952 y 6 de mayo de 1955). (STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En el contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado el 12 de abril de 1967, se contenía una cláusula en la que se expresaba que el arrendatario hacía «renuncia expresa a los derechos que la citada Ley concede, excepción hecha de la prórroga forzosa». Ejercitada años después acción de retracto por el arrendatario, el arrendador demandado opuso que el demandante había renunciado a la acción de retracto al celebrar el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS declararon haber lugar al retracto, al carecer de validez la renuncia genérica efectuada por el arrendatario. (L. F. R. S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Se considera intromisión ilegítima la grabación de unas conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas.**—En el caso que enjuiciamos la veracidad y autenticidad de las «cintas» grabadas que recogían conversaciones telefónicas del recurrente, entregadas por una persona no identificada a responsables de la revista *El Triangle*, no fue verificada, sencillamente, porque no se pusieron a disposición del Juzgado. Aun en el supuesto —no probado— de la veracidad de las conversaciones, faltaba para su reproducción el consentimiento del interesado, con lo que la ilicitud de la conducta de la publicación de las mismas quedaría, asimismo de manifiesto. No sirve de excusa a la publicación la notoriedad pública de la persona perjudicada; ni siquiera el interés general que había despertado el asunto de recalificación inmobiliaria, adquieren la suficiente relevancia para poner en peligro principios prohibitivos ínsitos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (art. 7) y que obligan a considerar «intromisión ilegítima» la grabación de conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas y, particularmente, su empleo o utilización (para su divulgación) por terceras personas ajenas a los referidos interlocutores. Lo contrario supondría potenciar un régimen de tolerancia (cuya práctica empieza a resultar habitual) en favor de interesados (profesionales o no) en la persecución de personas que por su posición insti-

tucional o profesional realicen actividades de importancia social para obtener mediante artilugios de escucha la información que ellos juzguen relevante, entregada luego, sin precio o con él, a terceros interesados en su divulgación al margen de la licitud del medio empleado. (STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Dando lugar a la casación, el TS admitió el recurso y consideró intromisión ilegítima la grabación de unas conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas, sin que sirviera de excusa la notoriedad pública de la persona perjudicada, ni el interés general que había despertado el asunto de recalificación inmobiliaria sobre el que versaba la conversación. (L. F. R. S.)

**3. No hay falta de veracidad en la calificación de una persona como antiguo gestor de urbanismo cuando realizaba actividades muy relacionadas con ello.**—Hay que proclamar que el reproche de inveracidad que se hace en el motivo no alcanza a lo que se afirma en las declaraciones como hiriente o vejatorio para el recurrente, sino a la actuación previa del mismo al que se califica de gestor de urbanismo en La Granja, no siendo cierto que ostentara tal cargo, pero sí que hay que añadir que realizó actividades muy relacionadas con ello.

**Preponderancia de la libertad de expresión cuando la inveracidad es relativa y es evidente el interés de la información para tercero.**—El derecho del demandado a expresar sus opiniones resulta obvio en su condición de alcalde, la trascendencia del tema debatido, la intensidad con que había sido atacado por algún sector, todo ello amparaba la actuación del demandado en sus declaraciones a un medio de comunicación social. La inveracidad es relativa y el interés de la información para tercero evidente, por lo que el recurso no puede prosperar.

**El carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información.**—El carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información, debiendo ser proporcionado a la trascendencia de la información prestada, pero existiendo circunstancias que modelen dicha obligación, como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades de contrastarla, etc., como se recoge en la S 240/1992, de 21 de diciembre, del TC. (STS de 14 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El alcalde de La Granja de San Ildefonso realizó unas declaraciones a un diario, en las que decía que el anterior gestor de urbanismo J. M. estaba sembrando la duda y el desconcierto entre la población, añadiendo que este señor fue el encargado de redactar los tres planes especiales del Municipio, «que le costaron al Ayuntamiento veintitrés millones de pesetas y de los que no fue posible aprobar ni una página». El aludido don J. M. interpuso demanda contra el alcalde declarante, sobre protección civil del derecho al honor según procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para que se declarase que se había producido intromisión ilegítima en su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provin-

cial y el TS desestimaron la demanda, declarando que el demandado había ejercido su derecho a la libertad de expresión y que, aunque no era cierto que el demandante hubiera sido gestor de urbanismo, sus funciones no estaban tan alejadas de tal atribución. (*L. F. R. S.*)

**4. No están protegidas constitucionalmente como libertad de expresión los insultos que carecen de relación con la información que se comunica.**—El principal intérprete del Texto Fundamental ha recogido al respecto que la utilización de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas dictadas no con ánimo en la función informativa, sino vejatorio o de enemistad pura y simple quedan a extramuros de la protección constitucional porque se trata de expresiones que carecen de relación alguna con la información que se comunica —SSTC 105/1990, de 6 de julio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 214/1995, de 11 de noviembre, 85/1992, de 8 de junio y 240/1992, de 21 de diciembre, etc. También esta Sala ha señalado al respecto, de 30 de diciembre de 2000, que el derecho a la libertad de expresión que comporta el derecho a la crítica no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios. (**STS de 29 de noviembre de 2001**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos inspectores de enseñanza interpusieron demanda de protección civil del derecho al honor contra el Presidente de la Federación de padres de alumnos, que también era miembro del Consejo escolar valenciano y del Consejo escolar del Estado. En una carta publicada en un periódico, el demandado había calificado a uno de los demandantes «reptil de los pantanos»; calificó a los dos demandantes de «incompetencias chulescas» y de «prepotentes posturas de algunos antidemocráticos y dictadores inspectores educativos»; y afirmó de uno de los demandantes: «no es ético amenazar a los centros para conseguir unos fines no muy claros». El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando el derecho de los demandantes a que se pusiera fin a la intromisión ilegítima ocasionada contra su honor, condenando al demandado a publicar a su costa la sentencia en el mismo periódico a través del cual se produjo la lesión, y a abonar a cada uno de los demandantes en concepto de indemnización la cantidad de dos millones de pesetas por el daño moral provocado. Interpuestos por el demandado los recursos de apelación y casación, fueron desestimados. (*L. F. R. S.*)

**5. Indemnización derivada de ataque a la vida privada: fotografía publicada en revista de actualidad: estimación de recurso de amparo por TC: cuantificación del daño por la jurisdicción civil.**—El artículo 5.1 LOPJ proclama que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según interpretación que en sus resoluciones realice el TC sobre derechos y principios constitucionales; por ello, esta Sala debe proclamar, por imperativo legal que las fotografías aparecidas en una revista gráfica de amplia difusión suponen un ataque a la intimidad del demandante. La cuantía deberá fijarse en ejecución de sentencia con arreglo a los criterios indemnizatorios seguidos con anterioridad

por esta Sala. (Sentencia dictada por la Sala General del TS de 5 de noviembre de 2001.)

NOTA.—Sentencia singular (Pte.: Sierra Gil de la Sierra), dictada en aplicación de sentencia estimatoria de TC sobre recurso de amparo, por la denominada Sala General compuesta por diez Magistrados de la Sala 1.ª. Se presentó en su día juicio incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sobre declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, con número 230/90, siendo estimada la demanda por sentencia de 22 enero de 1992. Recurrida en alzada, la sentencia de 12 julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Madrid, la confirmó. Pero la Sala 1.ª del TS, en sentencia de 21 de octubre de 1997, estimó el recurso y absolvió a la empresa demandada. El TC otorgó el amparo y anuló la sentencia del TS, en cuya ejecución se dicta la ahora extractada. Además hay también un voto particular del Magistrado Sr. Marín Castán, aceptando los FD 1.º y 4.º, así como el fallo, pero discrepando de los FD 2.º y 3.º. Precisamente radica en ellos otro aspecto de la singularidad de esta sentencia al constituir otro episodio más del conocido enfrentamiento entre la Sala 1.ª del TS y el TC sobre supuestas intromisiones de este último en las atribuciones del primero. Se traen a colación en la sentencia extractada gran número de resoluciones judiciales de diversos órdenes jurisdiccionales para argumentar que la indemnización de 25.000 pesetas por ataque a la vida privada resulta adecuada en el caso contemplado. Con tal motivo se emiten juicios valorativos de inusitada dureza. (G. G. C.)

**6. Doctrina legal sobre el examen de la persona denunciada como incapaz.**—Se ha establecido una doctrina consolidada respecto a los siguientes extremos: *a)* El artículo 208 CC (actualmente derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al art. 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad. *b)* Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 CC, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 CE. *c)* En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la medicina o la psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación. *d)* Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 LOPJ.

**Los Tribunales de apelación también tienen la obligación de examinar a la persona denunciada como incapaz si van a tomar una decisión distinta a la del Juez.**—Como resume la S de 9 de junio de 1997, el examen personal del presunto incapaz constituye un ineludible deber de alcance constitucional que se aplica no sólo al Juez, sino, aun cuando literalmente no lo diga el artículo 208 CC, al Tribunal que declara el estado civil de incapacitación, el cual puede formar una opinión distinta a la del Juez, pero no sin haber examinado al demandado si considera que debe declarar su incapacidad o, como en el presente caso sucede, si entiende que ha de incrementar la gradación de la misma, convirtiendo en total la que el Juzgador de primera instancia había considerado únicamente parcial. (STS de 15 de octubre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Ministerio Fiscal formuló demanda solicitando se declarase incapacitada a una señora, se le nombrase tutor y mandase inscribir la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento de la demandada. Se opuso la demandada y se le nombró un defensor judicial. El Juez de Primera Instancia declaró la incapacitación parcial de la demandada, limitando económicamente la cuantía de los negocios que podía realizar por sí sola, nombró tutor y acordó inscribir su resolución en el Registro Civil, una vez alcanzase firmeza. Apelada la sentencia por el defensor judicial, la Audiencia Provincial, sin examinar nuevamente a la demandada, admitió el recurso y declaró la incapacitación total, diferiendo el nombramiento de tutor a la fase de ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS lo admitió, ordenando la reposición de las actuaciones al estado y momento anterior al pronunciamiento de la sentencia por la Audiencia Provincial, para que se practicase el examen personal de la demandada. (L. F. R. S.)

**7. Estipulación a favor de tercero. Relaciones entre promitente y tercero.**—El tercero en cuyo provecho se realiza la estipulación no contrae obligación alguna frente al promitente. Este último queda obligado a cumplir la prestación prometida sin que pueda exigirle al tercero la realización de prestaciones a su favor. A este respecto, las relaciones entre el tercero y el estipulante le son ajenas.

**Levantamiento del velo.**—Cuando una persona jurídica es constituida en condiciones que demuestran la carencia de una voluntad social independiente, se ha de considerar a tal persona jurídica como una creación artificial respecto de la que no se puede proclamar su hermetismo y aislamiento frente a las personas físicas o jurídicas que la constituyen. No es razonable el mantenimiento a ultranza de la personalidad jurídica aislada cuando tal personalidad busca el perjuicio de tercero a través de la elusión de la responsabilidad contraída por los fundadores de la misma.

**Complementación o integración del *factum*.**—Reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTTS de 2 de junio de 1981, 17 de marzo de 1987, 3 de febrero de 1992 y 17 de febrero y 22 de noviembre de 1997) reconoce la competencia del TS para complementar o integrar el *factum*, lo que supone que puede tener en cuenta otros hechos probados que no se hayan discutido en autos ni hayan sido valorados por el tribunal de instancia. (STS de 12 de noviembre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1989 la *Sociedad Anónima Turística Comercial Inmobiliaria (SATCI)* celebra contrato con *CEPIGSA*, pactando una estipulación a favor de una tercera entidad (*TECNEC, S. A.*), por la cual *SATCI* queda obligada a satisfacer los servicios prestados por esta última. De forma paralela, en 1990 se constituye la entidad *SEGLE, S. L.* en la cual participa en un setenta por ciento *SATCI*. El representante de dicha entidad (que resulta ser también administrador de *SATCI* y propietario, junto con su esposa y un testaferro, de dicha entidad), es el titular del restante treinta por ciento de las participaciones de *SEGLE, S. L.* Ese mismo año, *SATCI*, que tenía a su favor una promesa de venta de un determinado inmueble, designa como compradora del mismo a *SEGLE, S. L.* Con ello, *SATCI* queda sin activos en su patrimonio sobre los cuales pudieran satisfacer *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* sus derechos de crédito frente a ella.

Posteriormente, *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* interponen demanda de reclamación de cantidad frente a *SATCI* y *SEGLE, S. L.*, solicitando, entre otros pedimentos, que se condene a los demandados a pagar solidaria e indistintamente las cantidades que indican en su demanda. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, siendo condenadas las demandadas de forma solidaria al pago de una parte de la cantidad solicitada. Frente a esta sentencia, interponen recurso de apelación tanto *SEGLE, S. L.*, como *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* La Audiencia Provincial estima el primer recurso, absolviendo a *SEGLE, S. L.* —al estimar que no le unen vínculos jurídicos con *SATCI*—, y desestima el segundo. *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* interponen recurso de casación, que es estimado por el TS. (A. M. M.)

**8. Circunstancias en las que la interpretación de un contrato puede ser objeto de recurso de casación.**—En cualquier caso la interpretación de la cláusula por la resolución recurrida no es ilegal, arbitraria o ilógica por lo que debe prevalecer el criterio hermenéutico adoptado en ejercicio de una función que corresponde a los Tribunales de instancia.

**Exigencias para que se pueda aplicar la doctrina del levantamiento del velo.**—La doctrina de que es legítima la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose que los jueces puedan penetrar («levantar el velo») en el interior de esa persona cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás.

**Inexistencia de causa justificativa para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.**—La mera coincidencia de socios de dos sociedades no pueden suponer ni la confusión de las mismas, ni la estimación de existencia de abuso de derecho o de fraude, pues es preciso que se dé una base fáctica adecuada para entender que la diferente personalidad jurídica de las entidades se utiliza como apariencia con el fin de obtener un resultado jurídico contrario a derecho. Y en el caso no consta la configuración de la

diversidad jurídica con el propósito de burlar la restricción del concepto de tercero a efectos de la póliza de seguro de responsabilidad civil, por lo que es acertada la apreciación jurídica efectuada en la resolución recurrida.

**No existe incongruencia en la sentencia apelada cuando ésta no resuelve una cuestión no analizada en la sentencia del juzgado y la parte demandada no formuló apelación adhesiva.**—La omisión del examen de la cuestión debió suscitarse en la apelación por la parte demandada mediante apelación adhesiva, no sólo ya porque se silenciaba un planteamiento con singular relevancia para su posición jurídica en el caso de que la sentencia de apelación dejara sin efecto las otras razones tomadas en cuenta en la recurrida, sino porque además en este supuesto el juzgador *ad quem* quedaba vinculado al examen del tema al ampliarse el ámbito devolutivo de la apelación. Por consiguiente no cabe apreciar incongruencia omisiva o *ex silentio* ya que la resolución recurrida examinó todas las cuestiones que le fueron suscitadas (*tantum devolutum quantum appellatum*), sin que quepa imaginar la existencia de indefensión para la parte al serle imputable la omisión. Además ni siquiera consta que el tema se haya planteado en la vista de la apelación por lo que tampoco podría ser traído *per saltum* a la casación.

**Se produce incongruencia interna cuando existe discordancia entre la cantidad declarada procedente en la fundamentación jurídica y la acogida en el fallo.**—El motivo debe ser acogido porque, aunque el tema pudo haber sido suscitado mediante el denominado recurso de aclaración (así STC, Sala 1.ª, 140/2001, de 18 de junio), en cualquier caso constituye un caso claro de incongruencia interna que debe ser objeto de la correspondiente rectificación.

**El devengo de intereses por no pagar el asegurador la cantidad fijada como reparación por el daño causado se computa desde que desaparece la causa que justifica el impago.**—La oposición al pago por parte de la entidad aseguradora se podía estimar razonable hasta la fecha de la sentencia de apelación de la Audiencia, a partir de ésta no se aprecia causa justificada para no realizar el abono de la indemnización, porque si bien la mencionada resolución incurrió en un error en la fijación del *quantum* al recoger en la parte dispositiva una suma superior a la acordada en la fundamentación jurídica, la rectificación del *lapsus calami* pudo haberse obtenido mediante el recurso de aclaración, o al menos intentarlo, lo que habría justificado en caso de denegación la formulación de este recurso de casación. (STS de 25 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La entidad mercantil actora formuló demanda de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora con base en la existencia de una póliza de seguros de responsabilidad civil por daños a terceros que aseguraba los que pudiera causar una máquina retroexcavadora perteneciente a la empresa actora. Producido un accidente con la mencionada máquina y habiendo causado daños tanto al Ayuntamiento de Castellví de Rosanes (Barcelona) como a otra entidad mercantil se solicita el correspondiente pago de los daños producidos a los dos perjudicados. La compañía aseguradora se negó a pagar los daños sufridos a la entidad mercantil al alegar que éstos no tenían la consideración de terceros, dada la identidad esencial que existe entre los socios accionistas de la parte actora y los perjudicados. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la reclamación y condenó a la compañía aseguradora a pagar los daños sufridos por el Ayunta-

miento pero desestimó el pago de los daños sufridos por la entidad mercantil por entender que carecía de la consideración de terceros, sin hacer expresa declaración de condena en costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia en el sentido de condenar a la empresa aseguradora al pago de los daños sufridos a los dos perjudicados aunque en una cantidad menor que la solicitada por la parte demandante, sin hacer pronunciamiento sobre las costas en ninguna instancia. La entidad aseguradora interpuso recurso de casación, el TS admitió el recurso sólo en parte, ya que anuló parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la demandada en una cantidad menor a la solicitada en la demanda inicial y redujo el pago de los intereses a satisfacer que debían computarse no desde la fecha del siniestro sino desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial; no hubo pronunciamiento de las costas en ninguna de las instancias. (E. S. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**9. Poder de representación. Requisitos de validez de la autocontratación.**—El negocio jurídico del representante consigo mismo o autocontratación es admitido en principio como válido por la jurisprudencia del TS (entre otras, las SSTs de 5 de noviembre de 1956, 14 y 27 de octubre de 1966, 15 de marzo de 1996, 28 de marzo de 2000, 12 de junio y 19 de febrero de 2001), y por las Resoluciones de la DGRN (destacan entre otras, las RDGRN de 26 de septiembre de 1951, 11 y 14 de mayo y 2 de diciembre de 1998). Tan sólo se cuestiona la validez de la autocontratación cuando existe un conflicto de intereses entre las partes. Este conflicto no es posible en el caso de otorgarse una previa licencia para su realización, o cuando se lleve a cabo un posterior asentimiento o ratificación por parte del interesado. En este sentido, el TS afirma que el autocontrato será siempre válido cuando se autorice expresamente en un poder de representación. Este poder necesariamente tendrá que constar en documento público como requisito de validez del mismo (art. 1280.5.º CC).

**Simulación: clases.**—El TS manifiesta que ni la simulación absoluta, que supone la inexistencia de la causa del negocio jurídico, ni la simulación relativa, que implica que dicha causa es distinta a la declarada por acuerdo entre las partes, pueden ser apreciadas en un contrato de compraventa que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC. (STS de 29 de noviembre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—En virtud de poder de representación que consta en escritura pública, doña J. F. V. vende dos fincas en representación de don A. F. S., al hijo de ambos don J. B. G. y a ella misma. Don A. F. S. formula demanda contra doña J. F. V. y don J. B. V. solicitando la declaración de nulidad por simulación de la venta de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, considerando válida la compraventa. Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la anterior sentencia y estima la demanda declarando la nulidad del contrato.

El TS estima el recurso de casación, confirmando al efecto lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia. (S. E. M.)

**10. Ilícitud de la causa. Nulidad del contrato.**—La ilicitud de la causa produce directamente la nulidad del contrato, lo cual puede ser apreciado de oficio. No cabe, pues, aplicar lo dispuesto por el artículo 1302 CC, dado que tal artículo no juega en los supuestos de nulidad radical o absoluta (art. 1275 CC), sino en los de anulabilidad.

**Teoría de los actos propios. Contenido.**—Conforme a un antiguo brocardo de Ulpiano (*contra actuum proprio non venire ex post, o venire contra proprium factum nulli concedetur*), los actos inequívocos que crean o modifican una determinada relación jurídica o una situación precedente de la que se produjeran efectos no pueden ser desconocidos posteriormente en perjuicio de otros sujetos. El autor de dichos actos queda, pues, vinculado por ellos.

**Teoría de los actos propios. Aplicación en caso de nulidad radical.**—El TS establece que la teoría de los actos propios no puede prevalecer frente a un supuesto de nulidad absoluta por causa ilícita. El contrato nulo radical no puede ser confirmado ni convalidado —*quod nullum est nunquam producit effectum et no nacimiento potest tractu temporis convallescere*—, principio que no puede ser eludido por una determinada conducta de las partes. Sí puede prevalecer, no obstante, en relación a un supuesto de anulabilidad (art. 1302 CC para el caso de dolo o error). (STS de 20 de noviembre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1981 doña M. D. G. cedió a su hermano y a la mujer de éste el uso y disfrute de una vivienda de la cual era propietaria, a fin de que la empleasen como domicilio. Dada la precaria situación en que se encontraban los cesionarios, no exigió ni renta ni merced por el uso de la mencionada vivienda. En 1985, antes de contraer matrimonio, doña M. D. G. simuló con su hermano una compraventa de la vivienda, a través de escritura, con el objetivo de eludir la aplicación del artículo 43 de la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya de 30 de julio de 1959 (que hubiera sido de aplicación por ser ésta la vecindad civil de su futuro esposo), así como de garantizar el uso y disfrute de su hermano y su cuñada sobre la citada vivienda. Cuatro años después, doña M. D. G. y su esposo modificaron su régimen económico matrimonial, que pasó a ser el de separación de bienes. Posteriormente, solicitó a su hermano que suscribiera un documento en el que la reconociera como propietaria de la vivienda. Sin embargo, los cesionarios no sólo se negaron, sino que, además, procedieron a inscribir la vivienda en el Registro de la Propiedad a su nombre.

Ante estos hechos, interpuso demanda doña M. D. G. frente a su hermano y su cuñada solicitando la declaración de nulidad e inexistencia de la escritura de compraventa, junto con la cancelación de la inscripción registral, todo ello por tratarse de un negocio simulado con causa ilícita. La demanda fue estimada en primera instancia, al considerarse nula la compraventa por falta de causa. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, pues consideró aplicable

la teoría de los actos propios. La demandante recurrió tal sentencia en casación y el TS declaró haber lugar al recurso.

NOTA.—La DD de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco ha derogado la Ley de 30 de julio de 1959 sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya. El Fuero civil de Vizcaya aparece regulado actualmente en el Libro Primero de la citada Ley 3/1992. Igualmente, las previsiones sobre comunicación foral de bienes por razón del matrimonio del antiguo artículo 43 se recogen en el artículo 95. (A. M. M.)

**11. Interpretación de un contrato de permuta de solar por edificación. La sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, salvo que el fallo se base en una excepción no alegada por el demandado y no apreciable de oficio, o salvo en caso de alteración del soporte fáctico de la cuestión debatida.**—Desestimada la demanda en ambas instancias, es aplicable al caso la reiterada doctrina de la Sala, que por conocida exime de la cita pormenorizada de las resoluciones en que se manifiesta, según la cual la sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, a no ser que dicha desestimación o absolución se haya basado en una excepción no alegada por el demandado y no apreciable de oficio o que, para hacer al referido pronunciamiento absolutorio, se haya alterado el soporte fáctico (*causa petendi*) de la cuestión debatida, excepciones al principio general de congruencia de las sentencias absolutorias que no se dan en el presente caso.

**Es contrario a la lógica que en un contrato de permuta de solar por edificación se fijen los linderos y superficie del terreno cedido en función de los que resulte tener la edificación posterior.**—Argumentación de difícil comprensión y contrario a las más elementales reglas de la lógica el que en un contrato de esta clase la prestación de la parte propietaria de los terrenos que se ceden se describa fijando los linderos y superficies que van a resultar de la edificación según los planes urbanísticos y no según sus linderos y superficie, elementos esenciales para la identificación del terreno objeto de permuta.

**Una prueba testifical, además de no poder revisarse en casación al amparo de las normas hermenéuticas, no puede considerarse como un hecho posterior al contrato que opere como criterio de interpretación del mismo.**—Asimismo procede desestimar el motivo cuarto en que se denuncia infracción del artículo 1282 CC; en primer lugar ha de señalarse que una prueba testifical no puede entenderse constituya un hecho posterior o coetáneo que pueda servir como medio de interpretación contractual; en segundo lugar que al amparo de las normas reguladoras de la hermenéutica contractual no puede procederse a una revisión de la valoración de la prueba testifical, ni de ninguna otra, como se pretende a lo largo del motivo. Finalmente, los actos de la promotora posteriores a la celebración del contrato privado, tenidos en cuenta por la Sala de instancia en su labor interpretativa del contrato, como son el otorgamiento de escritura pública en que las fincas cedidas en el primitivo contrato figuran en el documento notarial con la misma extensión y linderos que en el privado y la solicitud de licencia de obras, abonan la corrección de los resultados a que llega el tribunal de apelación en su labor hermenéutica que, en modo alguno, pueden ser calificados de ilógicos o contrarios a las normas rectoras de esa función judicial.

**La regla interpretativa establecida por el artículo 1288 CC es subsidiaria, puesto que sólo entra en juego cuando al aplicar los distintos criterios hermenéuticos no se llega a un único resultado en la interpretación.**—En el motivo quinto se alega infracción del artículo 1288 CC. Dice la S de esta Sala de 27 de septiembre de 1996 que «el artículo 1288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales y, por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad». En el presente caso, la utilización de los criterios interpretativos legales usados por el tribunal *a quo* han conducido a la fijación indubitada del objeto contractual, sin que se dé situación de equívocidad que obligue a acudir a la norma del artículo 1288 del CC; en consecuencia, se desestima el motivo.

**Para que un principio general del derecho constituya motivo de casación es precisa la cita de la ley o jurisprudencia en que tal principio se reconoce.**—Dice la S de 12 de junio de 1980 que «es doctrina constante de esta Sala, que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta» y en el mismo sentido, la S de 1 de diciembre de 1989 afirma que «según doctrina de esta Sala que se enuncia en S de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen»; cita de que adolece el motivo y que es bastante para su desestimación.

**La valoración de la prueba puede efectuarse en su conjunto o bien atribuyendo a cada uno de los medios de prueba establecidos en la LEC un determinado valor, sin que el tribunal de segunda instancia esté vinculado por el resultado a que en su apreciación llegue el de primera instancia.**—Como dice la citada S de 1989 ante un motivo de idéntico contenido al que ahora se examina, «como en principio cabe declarar que Jueces y Tribunales pueden hacer valoraciones o apreciaciones probatorias bien en razón al conjunto de las pruebas prácticas (*sic*) o bien de cada uno de los medios establecidos en la Ley Procesal dando en su caso el valor que a cada una corresponde, pudiendo de contradecirlo acudir en casación por el cauce del número quinto del artículo 1692 LEC sin que los tribunales de segunda instancia queden obligados por el resultado a que llegue el de primera tanto sea por apreciación conjunta o por separado, sin que dicho resultado haya de calificarse de arbitrario, ilógico o injusto, para poder ser revisado, y como por tanto no se ha infringido por la Sala precepto alguno, ni principio que pueda considerarse como tal principio de derecho, el motivo ha de ser desestimado», suerte que, como se dijo, ha de correr el presente.

**No es impugnabile en casación la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia.**—Dice la S de esta Sala de 25 de enero de 2000, con abundante cita de sentencias precedentes, que la valoración de la prueba testifical es discrecional para el juzgador y no impugnabile en casación, habida cuenta que, tanto el artículo 659, como el artículo 1258 CC, no contienen reglas de valoración de la prueba y tan sólo suponen normas de carácter admonitivo, por lo que no resulta susceptible de ser impugnada tal valoración en vía casacional, porque se aprecian por las reglas de la sana crítica y el buen sentido. (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La propietaria de unos determinados terrenos celebró un contrato privado de permuta de solar por edificación con una empresa constructora en cuyos derechos se suscribió otra entidad del gremio. Esta última demanda, con base en dicho contrato, la entrega de unas determinadas superficies que considera incluidas en el objeto del mismo y, subsidiariamente, para el caso de ser imposible dicha entrega, que se constituya a su favor y al de los futuros adquirentes de los pisos a construir, un derecho de servidumbre sobre los terrenos en cuestión, a lo que se agregó la solicitud de una cantidad en concepto de daños y perjuicios. Tanto ambas sentencias de instancia, como el TS en la casación, desestiman íntegramente los pedimentos de la parte actora, por considerar que el objeto de la permuta se reducía exclusivamente a lo ya entregado. (*M. C. B.*)

**12. Circunstancias en las que la interpretación de un contrato puede ser objeto de recurso de casación.**—La interpretación de los contratos es función privativa del juzgador de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, salvo que se demuestre que es ilógico o absurdo (SSTS de 6 y 24 de junio de 1997), cuyos supuestos de exclusión no concurren en este caso.

**Valoración de la prueba pericial.**—No existe justificación alguna para tachar el informe pericial de ilógico, no razonado o contradictorio, y habida cuenta de que fue practicado en la forma exigida legalmente, el tribunal de instancia tenía soberanía para valorarlo según las reglas de la sana crítica, sin que la vía casacional pueda someterse a revisión el criterio adoptado por dicho órgano jurisdiccional.

**Interpretación del artículo 1258 CC.**—La sentencia recurrida mediante la acertada utilización del artículo recurrido ha efectuado una llamada a la lógica exigible en el comportamiento humano y extiende la responsabilidad contractual no sólo al texto literal de lo convenido, sino también a sus derivaciones, con una labor interpretativa del contrato, acorde, por lo demás, con las conclusiones del dictamen pericial cuya posición es aceptada por esta Sala.

**No existe infracción del principio de tutela judicial efectiva.**—La sentencia de instancia contiene una fundamentación por remisión, que no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el juzgador *a quem* asume en su integridad los argumentos empleados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por ésta, lo que está admitido por la doctrina jurisprudencial (por todas, STS de 5 de noviembre de 1992).

**La carga de la prueba de la existencia de la obligación que se reclama. Aplicación del artículo 1214 CC.**—El ordenamiento ofrece al juez un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser condenatoria o absolutoria, que es lo que, en la ciencia del derecho se denomina «regla de juicio», y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta Sala, en SS, entre otras, de

19 de febrero y 18 de marzo de 1988 y 10 de noviembre de 1999, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

**Exigencias en el cumplimiento de los contratos de arrendamiento de obra en la modalidad conocida como «llave en mano».**—La inobservancia de sus prestaciones por quien tenía la obligación de entregar «llave en mano» una instalación con unas características específicas, se estima porque el contrato objeto del litigio consistía en un arrendamiento de obra, que supone la obligación de un resultado previsto por los contratantes, y la promotora de la acción reconvenzional no sólo no terminó la obra en los plazos estipulados, sino que tampoco consiguió poner en marcha la instalación, ni obtener los niveles de producción pactados o los de pureza exigibles, por lo que nos encontramos ante un grado de incumplimiento total, que ha frustrado las expectativas económicas derivadas del contrato mismo, habida cuenta de que dicha litigante no actuó con una especialísima diligencia en la facilitación de su prestación, tanto por tratarse de una obligación de resultado, como por su carácter *intuitu personae*, de manera que procede traer a colación la doctrina sentada en la STS de 14 de julio de 1980, que es aplicable al supuesto de este litigio, según la cual el arrendamiento de obras descrito en el artículo 1544 CC es un contrato bilateral de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación del pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar al pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*), porque la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que adolezcan o disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato. (STS 20 de noviembre de 2001; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—La cuestión litigiosa que resolvió la presente sentencia giraba principalmente en torno a si había habido o no incumplimiento por la entidad mercantil demandada en el desarrollo de un contrato de obra de la modalidad conocida como «llave en mano» consistente en la fabricación de una planta recristalizadora de ácido oxálico. La entidad mercantil actora solicitó daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, así como indemnización por pérdida de mercado, deterioro de imagen, realización de activos financieros, posibles perjuicios a terceros, intereses legales y costas. Por su parte, la entidad mercantil demandada se opuso y reconvino para reclamar la parte del precio que restaba por abonar la demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y condenó a la demandada a una cantidad menor de la solicitada sin condenar en costas y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional. Apelada la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Teruel estimó en parte el recurso en el sentido de acoger que la

condena a la demandada, en concreto la cantidad a pagar por los días de paralización de la planta se efectuará en ejecución de sentencia, así como estimar parcialmente la reconvección y condenar a la entidad mercantil actora a satisfacer una cantidad de dinero a la demandada. Ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia. El TS declaró no haber lugar al recurso casación interpuesto por la entidad demandada, con imposición a la recurrente de las costas causadas en dicho recurso y haber lugar al recurso de casación promovido por la entidad actora y ratificó en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en apelación y con respecto al recurso de casación promovido por la entidad actora, que cada parte satisfaga las suyas. (E. S. M.)

### **13. Legitimación activa para interponer tercería de dominio.—**

Consta, en efecto, acreditado, según los términos en que ambas sentencias de instancia se pronuncian acerca de la cesión de bienes a favor de los acreedores, intermediada por la Comisión liquidadora, que la parte actora en cuanto acreedora de la sociedad cedente de los bienes está legitimada en virtud de un interés legítimo indudable que conviene a propio beneficio y, también, al beneficio de los demás acreedores, regidos, en principio, por la *pars conditio creditorum*, para interponer la tercería de que este recurso trae causa, cuestión que resuelve, de suyo, por su carácter previo, la capacidad de la parte actora conforme a las reglas no discutida que establecen su capacidad tanto para ser parte, como procesal.

**Efectos jurídicos de la cesión de bienes para el pago de deudas.—**A propósito de la cuestión concreta que debe resolverse (tercería de dominio), se especula con la transmisión o no de la propiedad que se opera respecto de la Comisión liquidadora. No cabe duda que, desde el punto de vista del «convenio», operada la cesión con efectos liberatorios en la medida y en las condiciones acordadas, la entidad cedente queda «desapoderada» para enajenar los bienes cedidos sobre los que ha de disponer, tal como estaba previsto, la Comisión liquidadora para aplicar el precio al pago de los créditos.

**Teorías sobre la configuración jurídica de la cesión de bienes para pago de deudas.—**La doctrina ha acudido, en ocasiones, a la figura de la transmisión fiduciaria de la propiedad para explicar el fenómeno, y al concepto de irrevocabilidad de los poderes de administración y disposición que se entregan a la entidad cesionaria. Otros configuran la cesión como negocio jurídico que otorga a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor.

**Problemas que suscita la propiedad nominal de los bienes en la cesión de bienes para pago de deudas.—**En cualquier caso, se trate de una transmisión fiduciaria o de una especial legitimación para disponer, lo cierto es que los problemas de la propiedad nominal (a nombre de quien figuran externamente los bienes) pueden tener importancia en relación con terceros de buena fe, pero nunca entre los acreedores mismos que están sujetos por el pacto o convenio que los obliga: no pueden éstos, en su propio y exclusivo beneficio, fuera del convenio, aprovecharse de la subsistente propiedad nominal en perjuicio de lo acordado en el convenio en beneficio de todos, circunstancia que

especialmente concurre en el recurrente como abogado que fue de la entidad suspensa y activo participante, en su calidad de secretario, de la Comisión de seguimiento del convenio. Carece de fundamento que se atribuya unas facultades exclusivas de disposición sobre bienes que sabe sometidos al convenio y a las resultas de la *pars condictio creditorum* según los términos de lo acordado. (STS de 12 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba*, como integrante de la Comisión Liquidadora creada como consecuencia del Convenio suscrito entre la entidad mercantil codemandada y sus acreedores, promovió juicio sobre tercería de dominio y solicitó que se declarara que los bienes embargados no eran propiedad de la entidad mercantil codemandada, declarada en rebeldía, y que se levantara el embargo trabado a instancia del codemandado, a la sazón abogado de la entidad codemandada durante la tramitación del Convenio donde se acordó la cesión de bienes a los acreedores para pago de sus créditos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en todos sus extremos y condenó en costas a la parte demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado e impuso las costas causadas en el recurso de apelación al apelante. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo con imposición al recurrente de las costas causadas en dicho recurso. (E. S. M.)

**14. Cuestión de hecho en la apreciación de la resolución.**—El cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, como causa de resolución, es una cuestión de hecho que compete exclusivamente al Juzgador de primera instancia.

**Concepto de voluntad deliberadamente rebelde.**—No es posible una interpretación rigorista del concepto identificándola con el impago doloso, y así lo establece la actual doctrina jurisprudencial. Se debe conceptualizar atendiendo al impago prolongado, duradero e injustificado que frustre el fin del contrato (STS de 10 de octubre de 1994). (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia por *Construcciones P.* contra *Salvadora P. P.* y don *Justo I. S.* suplicando que se declarase resuelto el contrato de compraventa de marzo de 1991 relativo al departamento o vivienda, condenando a los demandados a desalojar dicho departamento, dejándolo libre, condenando a los demandados a satisfacer solidariamente a su representada, en concepto de daños y perjuicios la cantidad equivalente a la renta mensual de una vivienda. Se estimó la demanda. Ante la Audiencia Provincial se presentó recurso de apelación, confirmándose la sentencia de primera instancia. El TS declaró no haber lugar.

**NOTA.**—La interpretación de la «voluntad deliberadamente rebelde» que realiza el TS se bifurca en tres líneas: la que defiende la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que intro-

duce una suavización del rigor de la misma en el análisis de la voluntad del incumplimiento; y la que se acerca a la objetivación del incumplimiento, con independencia de la voluntad, «encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del incumplimiento o en la frustración del fin del contrato» (Díez-Picazo, en Voz «Resolución», *Enciclopedia Jurídica Básica*). La sentencia anotada se enmarcaría en esta última línea de interpretación jurisprudencial. (P. S. S.)

**15. Cláusula de contrato: «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». Cláusula resolutoria expresa.**—Para que esta cláusula exista y produzca el efecto resolutorio pretendido es preciso que se concrete expresamente, qué o cuáles obligaciones han de incumplirse. La indeterminación y generalidad de la cláusula que habla del «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización», priva a la misma del carácter automático de la resolución del negocio jurídico, una vez notificada la voluntad resolutoria a la otra parte, al no determinar las obligaciones concretas cuyo incumplimiento produce el efecto resolutorio. La citada estipulación no produce el efecto del pacto comisorio, por lo que se ha de estar a las normas generales sobre resolución de los contratos.

**Derecho de superficie. Regulación legal.**—El derecho de superficie no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico. El Código civil hace referencia expresa a él en el artículo 1655 CC, e implícita en el artículo 1611 CC. Según el artículo 1655 CC, el derecho de superficie por tiempo indefinido se rige por las normas del censo enfiteútico. También se refiere al derecho de superficie el artículo 16 RH y los artículos 171 a 174 del RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, vigente en la fecha de concesión de los derechos a terceros. El artículo 173 del citado RD señala las causas de la extinción del derecho de superficie. Por su parte, el mencionado artículo 16 RH declara no inscribibles las cláusulas que sujetan el derecho de superficie a comiso y por consiguiente, las que afectan el pago del canon si se acuerda el pacto comisorio. (STS de 10 de noviembre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1976, el «Coto Sobrado» fue declarado por la Junta Provincial de Montes en Mano Común como perteneciente en régimen de comunidad germánica a los vecinos de cuatro parroquias de un municipio de Orense. Un año antes, el Instituto Nacional de la Conservación de la Naturaleza (*ICONA*), había cedido una parte del monte (221 hectáreas) con destino a instalaciones deportivas y hoteleras y servicios complementarios de una estación de invierno por período de noventa y nueve años, a la entidad *Manzaneda Estación de Invierno, S. A. (MEISA)*, debiendo satisfacer esta última, además de la construcción de las instalaciones citadas, un canon anual en los primeros quince días de cada año. Junto al cumplimiento del plazo, se señalaban distintas causas de caducidad de la concesión, como «el incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». De acuerdo con la concesión y con autorización de la propiedad del monte y de *ICONA*, la sociedad adjudicataria ena-

jenó a terceros la titularidad de distintos apartamentos construidos en uso de su derecho de superficie, aunque se estableció que una vez caducada la concesión por el transcurso de noventa y nueve años, todas las construcciones e instalaciones llevadas a cabo por la entidad concesionaria revertirán a favor de la propiedad del monte, sin que aquélla pueda obtener compensación alguna por su pérdida.

Antes de que transcurrieran veinticinco años de la autorización, la comunidad vecinal propietaria del monte interpuso demanda sobre resolución del contrato concesional fundándose en la cláusula relativa al «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». La comunidad demandante solicitaba la entrega de las doscientas veintiuna hectáreas del citado Coto y para ello, dirigió acción exclusivamente contra *MEISA*. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin entrar a conocer el fondo del asunto, y estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber demandado también a aquellas personas que, con autorización de la propiedad y con arreglo a la concesión, habían adquirido apartamentos u otras construcciones llevadas a cabo por *MEISA* dentro de las doscientas veintiuna hectáreas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por la comunidad vecinal propietaria del monte. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto y anuló ambas resoluciones de instancia. (*M. C. C. M.*)

**16. Presunción de fraude de acreedores.**—Se ha de presumir celebrado en fraude de acreedores los negocios a título oneroso cuando se haya pronunciado sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo de bienes. La certificación de descubierto tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial.

**Apreciación del fraude de acreedores como cuestión de hecho.**—La presencia del fraude, o la determinación de la insolvencia y la imposibilidad de satisfacción del crédito son cuestiones apreciables por el Tribunal de instancia (SSTS de 17 de julio de 1990, 7 de febrero de 1991, 26 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 16 de diciembre de 1997).

**Requisitos exigibles para el ejercicio de la acción rescisoria. Criterio de subsidiariedad.**—Se constituye como remedio *in extremis* (SSTS de 15 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 25 de enero de 1989, 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo y 28 de junio de 1994, 10 de abril de 1995.) Es imprescindible la existencia de un crédito perjudicado por el acto fraudulento, anterior a dicho acto, aunque es posible su posterior nacimiento si se prueba que se ejecutó en perjuicio del crédito futuro (SSTS de 17 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1994).

**Rescisión contractual. Concepto jurídico de fraude.**—La doctrina se aproxima a posiciones de objetividad atenuada, pero ello no da lugar a rechazar el *consilium fraudis*, circunscribiéndose a los datos que conducen al mismo. El fraude incluye el engaño y la insolvencia de los deudores, que conlleva la imposibilidad de pago de los créditos de los acreedores (STS de 28 de octubre de 1993), exigiendo la existencia real y efectiva. La insolvencia no ha de ser total, únicamente es necesario la minoración económica que no cubra

la integridad de la deuda, dando lugar al daño a los acreedores (SS de 6 de abril de 1992, 2 de junio y 15 de noviembre de 1995, 24 de diciembre de 1996). (STS de 19 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La existencia de una deuda de la demandada *FEPERSA* a favor de la Hacienda Pública da lugar a que con fecha 19 de abril de 1994 se otorga escritura pública mediante la que se reconoce deuda de la entidad a favor de *INHERCU* e *HIESCOSA*, cediéndose en pago de sus deudas por aquella a éstas un 45 por ciento y un 55 por ciento de una finca de su propiedad. Además se constituye una hipoteca mobiliaria a favor de *HIESCOSA* sobre la maquinaria de *FEPERSA*. La Agencia Estatal de Administración Tributaria promueve juicio de menor cuantía contra las entidades mencionadas sobre acción de rescisión por fraude de acreedores. Se estima íntegramente la demanda declarando la rescisión por fraude de acreedores de los negocios jurídicos de cesión de pago y constitución de hipoteca mobiliaria. Se desestima el recurso interpuesto ante la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar.

NOTA.—El fraude supone la intención del deudor de perjudicar al acreedor. Existen distintas líneas que interpretan esta intencionalidad: un sector doctrinal entiende que no es necesario probar un especial propósito del deudor, siendo suficiente demostrar el resultado producido, conocido por el deudor. Otro sector se sitúa en una posición objetivada, ejercitando la acción independientemente de la intención y del resultado producido. Para Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II) la regla general es el resultado perjudicial que produce el fraude, así como el conocimiento del deudor. (P. S. S.)

**17. Presunción de fraude en las enajenaciones a título gratuito.**—El artículo 1292 CC establece una presunción de fraude de las enajenaciones realizadas a título gratuito, en particular y conforme al artículo 643.II CC, de las donaciones.

**Criterio de subsidiariedad.**—Se refiere a la posibilidad de pago como existencia de bienes en el deudor que cubran la satisfacción de lo reclamado. No es necesaria la situación de insolvencia total; únicamente que los bienes no sean suficientes para satisfacer a los acreedores. (STS de 10 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. A. I. suscribió de conformidad actas levantadas por la inspección de los Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa. Ante el impago de las mismas en los plazos establecidos, la actora procedió a su recaudación en vía ejecutiva en junio de 1990. En septiembre del mismo año el demandado mediante escritura pública donó a don J. y doña A. A. I. una finca de su propiedad, el usufructo vitalicio y la mitad indivisa de la nuda propiedad de un local comercial y de un departamento desván y mediante otra escritura pública de septiembre de 1990 donaron a sus hijos una cuarta parte del 67,40 por ciento de la nuda propiedad de otra finca. Intentando el cobro de la deuda, la actora únicamente pudo obtener la satisfacción de parte de la deuda. Se

presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por la Diputación Foral de Guipúzcoa, que la estima parcialmente, declarando rescindida la donación del 67,40 por ciento de la finca, y rescindida parcialmente la donación efectuada en la primera escritura. Se recurre en apelación y es desestimado. El TS declara no haber lugar.

NOTA.—El artículo 643 CC establece una presunción que suaviza la exigencia de la prueba de la insolvencia. Para un sector de la doctrina (Díez-Picazo en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II) de este precepto se deduce que la insolvencia como requisito de la acción debe ser posterior al momento de constitución del crédito. (P. S. S.)

**18. Acción revocatoria o pauliana. Para que pueda apreciarse el *consilium fraudis* con el deudor, requisito de viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3.º CC, no es preciso el ánimo de causar un perjuicio al acreedor anterior, sino que basta con que el posterior sea consciente de que origina tal perjuicio.**—La sentencia que se recurre es la de la Audiencia, y ésta en sus párrafos segundo y tercero de los FD 2.º y 3.º respectivamente recogen la doctrina de las sentencias invocadas como infringidas en el recurso, las de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, sosteniendo que «no requiere la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis* esto es una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio». Y aun admitiendo esta doctrina, no se dio lugar a la demanda, porque la parte actora no había acreditado, que el banco demandado tuviera conocimiento, cuando le otorgó el préstamo y exigió la constitución de la garantía hipotecaria, que con ello perjudicase a otros acreedores, porque para el otorgamiento de un préstamo con garantía real, no es necesario la realización del estudio relativo a la situación económica o patrimonial de los deudores, que se puede estimar imprescindible para el otorgamiento de un crédito personal, sino lo que se exige es un estudio de la situación jurídica de la finca sobre la que se va a constituir la hipoteca y una valoración económica de la misma, por lo que faltando la demostración de la existencia de ese conocimiento, no se puede entender que se dé el *consilium fraudis* y por tanto la desestimación de ese requisito.

**No puede presumirse el *consilium fraudis* porque entre los hechos demostrados y los que se pretenden deducir de ellos no hay el preciso enlace que requiere el establecimiento de una presunción.**—Se alega, por inaplicación, infracción del artículo 1253 CC, pues a tenor de lo expuesto en el anterior motivo, en el sentido de que debe ser abandonada la exigencia de una confabulación o maquinación, dolosa e intencionada, en la conducta seguida por los demandados para estimar la existencia del *consilium fraudis*, cabe señalar que entre los hechos reconocidos y demostrados (incumplimiento de la obligación de no enajenar ni gravar, y conocimiento patrimonial de los deudores) y aquel que se trata de deducir (conciencia del perjuicio, incluso por simple impremeditación) existe el enlace preciso y directo, según las normas o reglas del criterio humano, que exige la norma sustantiva que se considera infringida. Alegaciones éstas y motivo que han de ser desestimados, pues si bien la sentencia recurrida estima acreditado que los deudores señores G. y U. al constituir la hipoteca sobre la vivienda de su propiedad,

incumplieron los compromisos mantenidos con el banco actor, no se ha acreditado en forma alguna que el banco recurrido conociera la situación patrimonial de los deudores en el momento de concederles el préstamo con garantía hipotecaria, por lo que faltando la prueba del hecho base, no puede deducirse la consecuencia, que por aplicación del artículo 1253 CC pretende la parte recurrente. Ello por la naturaleza del préstamo, que se concedió con garantía real, a diferencia del otorgado en su día por el banco recurrente (préstamo personal) que exigía estudio de la situación económica de los prestatarios y de su honorabilidad personal que representaba la garantía de su cumplimiento por los deudores. (STS de 19 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio propietario de una vivienda solicita un préstamo personal de determinada entidad bancaria, comprometiéndose a no enajenar dicha vivienda hasta tanto no se hubiera pagado íntegramente el préstamo concedido. Con posterioridad a la celebración de este contrato de préstamo y habiendo incumplido con la obligación de pago del primer vencimiento, el matrimonio demandado solicita de otra entidad bancaria un nuevo préstamo, en garantía del cual constituyeron hipoteca sobre la citada vivienda. El banco que concedió el primer préstamo solicita la revocación del segundo contrato por estimarlo realizado en fraude de sus derechos de acreedor anterior. Ambas sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda por considerar que el segundo banco desconocía la situación patrimonial de los deudores ya que la concesión de un crédito con garantía real hipotecaria no requiere la indagación de su situación económica, como sí ocurre en caso de solicitarse un crédito personal. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**19. Juicio declarativo sobre preferencia de título y mejor derecho.** Según los artículos 1923.3.º y 1924.3.º CC, es preferente el crédito hipotecario en que la garantía sujeta bienes determinados y concretos del deudor, sobre el crédito derivado de un afianzamiento general que, aun estando en documento público, no goza de privilegio especial y se hace efectivo sobre el resto de los bienes.—Es evidente, pues, que la preferencia de crédito hipotecario es inconcusa, ya que, por la afectación real y concreta de dichos bienes, es de aplicación el artículo 1923.3.º CC, al prescribir que, con relación a determinados bienes inmuebles, gozan de preferencia los créditos hipotecarios o que hubieran sido objeto de refacción, por lo cual, no puede frente a ello anteponerse la garantía genérica de la póliza de afianzamiento de crédito, suscrita a favor del recurrente pues, (sin perjuicio del contraste entre las fechas indicadas, y que como hace constar la primera sentencia, el saldo deudor que fija la garantía afianzada lo fue con fecha posterior a la de la escritura de hipoteca) es inconcuso debe ceder ante el privilegio hipotecario del demandado ese afianzamiento a que alude el motivo, y cuya pretensión se ampara en la cobertura del artículo 1924.3.º a), CC sancionador de que, con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública y que estos créditos tendrán preferencia entre sí por orden de la antigüedad —art. 1924 *in fine*—, esto es, se refiere a una garantía sobre los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, mas no sobre los que, afecta-

dos de ese privilegio especial, específicamente estén sujetos a satisfacer la garantía hipotecaria prevenida en el citado artículo 1923.3.º, por lo cual, el motivo se rechaza.

**El crédito garantizado con hipoteca es especialmente privilegiado y goza de preferencia sobre la garantía genérica del artículo 1911 CC.**—La concreción de la garantía hipotecaria sobre los bienes a que se sujeta la misma, es, por completo, preferencial como tal crédito de privilegio especial, sobre la garantía genérica que al amparo del artículo 1911 CC, se pretende por el actor al ubicarla en el susodicho artículo 1924.3.º (aparte de que como señala la Sala *a quo* —FJ 2.º *in fine*—, cuando se dictó sentencia de remate en el juicio con base en aquella póliza en 2 de marzo de 1993, ya constaba inscrita la citada hipoteca desde el 10 de agosto de 1992), por todo ello, procede rechazar el motivo y con ello desestimar el recurso con los demás efectos derivados. (STS de 20 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Unos señores afianzan en póliza mercantil intervenida por un corredor de comercio las deudas que pudiera contraer un supermercado con una empresa, a consecuencia de determinadas operaciones comerciales. A su vez, estos mismos señores habían constituido a favor de un tercero una hipoteca sobre ciertas fincas en garantía del levantamiento de otra hipoteca anterior y diferente que gravaba otros inmuebles vendidos al tercero a cuyo favor se constituye la segunda hipoteca. Ante el incumplimiento de las diferentes obligaciones, se sustancian sendos juicios ejecutivos a consecuencia de lo que se plantea la cuestión de cuál es el orden de preferencia entre los créditos que ostentan, por un lado, la empresa acreedora del supermercado fiado —demandante, apelante y recurrente en casación— y, por otro lado, el tercero acreedor hipotecario de las fincas de los fiadores —demandado junto a éstos, apelado y recurrido en casación—. Tanto ambas sentencias de instancia como el Alto Tribunal en la de casación, absuelven al acreedor hipotecario demandado por considerar que su crédito goza de preferencia con respecto al derivado del afianzamiento general a favor de la empresa demandante. (M. C. B.)

**20. Preferencia de los créditos garantizados en prenda.**—En virtud de los artículos 1922.2.º y 1926.1.ª CC, los créditos garantizados con prenda gozan de preferencia sobre la cosa empeñada que se halle en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de la misma, excluyendo a todos los demás. (STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 1989 el Banco Guipuzcoano y don I. L. C. constituyen prenda en garantía de obligaciones futuras hasta un importe de quince millones de pesetas sobre determinadas acciones de las que era titular el pignorante.

El 30 de agosto de 1991 las partes citadas formalizan la póliza de crédito en cuenta corriente con el mismo límite de quince millones de pesetas.

El 31 de agosto de 1991 don I. L. C. otorga escritura pública de reconocimiento de deuda a favor de don J. L. B. I.

El 26 de junio de 1992 la póliza de crédito en cuenta corriente se cierra y es intervenida por corredor de comercio.

Posteriormente el Banco Guipuzcoano promueve juicio ejecutivo contra don I. L. C. para obtener el abono de la cantidad que éste le adeudaba como consecuencia del crédito concedido; el título esgrimido por el Banco era, pues, la póliza de crédito liquidada el 26 de junio de 1992. Don J. L. B. I. presenta demanda de tercería de mejor derecho esgrimiendo la escritura pública de reconocimiento de deuda antes mencionada; el Banco Guipuzcoano se allana puesto que el título del tercerista era preferente al utilizado por el Banco para promover el juicio (la póliza de crédito). En el mismo escrito de allanamiento el Banco deja constancia y advierte que las acciones anteriormente mencionadas están pignoradas y en su poder en virtud de contrato otorgado ante fedatario público con fecha anterior a la del título del tercerista. La tercería de mejor derecho es estimada por el Juez de Primera Instancia quien no hace referencia alguna a la matización referida a las acciones pignoradas.

Posteriormente el Banco Guipuzcoano inicia un procedimiento extrajudicial sobre las acciones recibidas en prenda. J. L. B. T. solicita ante el Juez de Primera Instancia que había conocido del juicio ejecutivo y de la tercería de mejor derecho, la paralización de la subasta de los títulos mencionados; el Juzgado acoge dicha petición, pero, tras el recurso del Banco, deja sin efecto la suspensión de la subasta inicialmente acordada y ordena que el producto de la misma sea consignada a disposición judicial. Como consecuencia de un escrito del Banco, se dicta otro auto en el que se afirma que el derecho de prenda de dicha entidad se hallaba incluido en la sentencia que resolvió la tercería de mejor derecho, por lo que se ordena la entrega del producto de la subasta a J. L. B. T.

El Banco recurre en reposición el auto que, sin embargo, es confirmado, negándosele la posibilidad de promover incidente separado basado en el argumento de que su derecho de prenda no había sido discutido en la tercería.

La Audiencia confirma la decisión del Juzgado por medio de auto contra el cual el Banco Guipuzcoano interpone recurso de casación alegando que la resolución impugnada resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito y no decididos en la sentencia: se alega en concreto que los títulos que se habían confrontado al resolver la tercería de mejor derecho eran la póliza de crédito y la escritura pública de reconocimiento de deuda, quedando ajena al proceso la póliza prendaria. (B. F. G.)

**21. Asunción de deuda. Liberación del deudor originario.**—La asunción de deuda implica la sustitución del deudor originario por el posterior, quien voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda. No se da, por tanto, la coexistencia de dos créditos frente a dos deudores.

**Asunción de deuda. Consentimiento expreso del acreedor.**—La plena eficacia de la asunción de deuda exige el consentimiento del acreedor, que debe formularse de manera expresa y decidida. (STS de 29 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Por escritura pública de 5 de febrero de 1991 *Tabacalera, S. A.* vende a *Rústicas, S. A.* las acciones que poseía de *Fríoalimentos D' arago, S. A.* En dicha escritura se establece que una vez realizada la ampliación de capital en la sociedad *Fríoalimentos D' arago, S. A.*, *Tabacalera, S. A.* cancelaría el crédito que a largo plazo la entidad *Endiasa* había concedido a *Fríoalimentos D' arago, S. A.*, con una quita por cancelación anticipada. Para ello esta última sociedad facultaba a *Tabacalera, S. A.* a cancelar la deuda en su nombre.

El mismo día, 5 de febrero de 1991, *Fríoalimentos D' arago, S. A.* entrega un cheque a *Tabacalera, S. A.* por una cantidad igual a la resultante de deducir del importe total de la deuda contraída con *Endiasa* la quita que había sido acordada.

*Tabacalera, S. A.* paga a *Endiasa* una cantidad menor de la necesaria para cancelar por completo la deuda.

*Fríoalimentos D' arago, S. A.* interpone demanda contra *Tabacalera, S. A.* sobre reclamación de cantidad. La demanda es desestimada en primera instancia y estimada en apelación. Frente a la tesis de la Audiencia que califica la relación entre *Fríoalimentos D' arago, S. A.* y *Tabacalera, S. A.* de contrato de mandato, la recurrente en casación entiende que se trata de un contrato atípico de asunción de deuda. (*B. F. G.*)

**22. Novación extintiva en el contrato de arrendamiento rústico.**—Al alterar los dos elementos más esenciales del arrendamiento como son el objeto y la renta existe voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico y sustitución del mismo, sin necesidad de que conste expresamente su novación. La novación extintiva nunca se presupone siendo necesario para que exista, su declaración expresa o que se deduzca con toda claridad y de forma inequívoca de los términos del acto que se considera novatorio o de los hechos realizados por las partes. (**STS de 17 de septiembre de 2001**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Rafael M. A. celebró un contrato verbal de arrendamiento rústico con los hermanos don Justino, don Juan y don Basilio el 29 de septiembre de 1970 para que cultivasen y explotasen la totalidad de una finca, pagando una renta anual de 800.000 pesetas. En 1976, don Justino empezó a explotar un tercio de la finca de forma individualizada y los otros dos hermanos continuaron cultivando conjuntamente hasta 1982, año en el que se separaron. Cada hermano abonaba la parte de renta correspondiente a un tercio de la finca. En 1988, Justino deja por jubilación la parcela que cultivaba pasando a ser arrendatarios de la misma su tres hijos: Antonio, Luciano y Justino. En 1991, don Juan deja, igualmente, la finca por jubilación a su hijo Carlos. Todos los cambios que se produjeron respecto a la finca primitiva, rentas acordadas y personas de los arrendatarios fueron consentidos por el arrendador.

La parte actora formuló demanda para que quedase resuelta la relación arrendaticia por extinción de plazo con todos los arrendatarios a partir del 29 de septiembre de 1996. El Juzgado de Pri-

mera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, ante lo cual los arrendatarios interpusieron recurso de casación.

**NOTA.**—La sentencia anotada no se aparta de la línea jurisprudencial del TS que considera que no es necesario que conste expresamente la novación extintiva para que se repunte la voluntad novatoria de las partes en el contrato de arrendamiento rústico, ya que cuando se alteran en forma sustancial los dos elementos más esenciales del arrendamiento, como lo son el objeto y la renta, e incluso, la notoria modificación de una sola de estas circunstancias, cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo.

Por lo tanto, la consolidada jurisprudencia del TS reputa existente voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico, y, por consiguiente, la sustitución del mismo, sin necesidad de que conste expresamente su novación cuando se den las alteraciones antes mencionadas (*vid.* SSTS de 7 de marzo de 1978, 26 de enero de 1980, 10 de marzo de 1982 y 15 de diciembre de 1997).

La sentencia de instancia consideró que el contrato de arrendamiento no sufrió una modificación esencial ni de objeto, ni de renta y añadía que los tres hermanos constituían una comunidad de bienes, ya que el derecho de arrendamiento pertenecía pro indiviso a varias personas y la explotación de la finca respondía a un planteamiento de organización interna. Sin embargo, el TS entendió que se alteró sustancialmente la esencia del contrato con la modificación sensible de la renta o la alteración de la superficie arrendada aceptada por la arrendadora. (*M. C. L. J.*)

**23. Compraventa. Precio justo.**—De acuerdo con el Código civil (arts. 1445, 1447, 1448 y 1449) y la jurisprudencia del TS (por todas, STS de 27 de junio de 1996), el precio es un elemento esencial para la validez de la compraventa, motivo por el cual es necesaria la prueba de su existencia. Sin embargo, no es un elemento esencial del precio su proporción, justicia o adecuación, conforme al valor de la cosa vendida. Por ello, la desproporción o inadecuación del precio (*pretio vilari facti*) no genera por sí sola la invalidez radical del contrato de compraventa, ya que no destruye la presunción de existencia y licitud de la causa del negocio.

**Tercería de dominio. Requisitos.**—Para la viabilidad y acogimiento de la tercería de dominio, señala el TS (SSTS de 14 de febrero, 21 de junio y 31 de octubre de 1989) que debe acreditar el tercerista su condición de tercero, su dominio pleno y excluyente sobre el bien objeto de la tercería y su adquisición anterior a la traba. Por lo que respecta al segundo requisito, puntualiza la jurisprudencia (SSTS de 25 de octubre de 1988 y 1 de febrero de 1995) que no es suficiente con que se demuestre el negocio transmisivo, sino que debe constar también la tradición posterior.

**Simulación contractual. Apreciación en casación.**—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 6 de marzo de 1999 y 6 de junio de 2000), la existencia o no de una simulación contractual es una cuestión de hecho de exclusiva incumbencia del juzgador de instancia. Consiguientemente, debe mantenerse la apreciación probatoria, salvo que se desvirtúe por un medio probatorio adecuado.

**Interpretación del contrato como motivo del recurso de casación.**—Dado que la interpretación del contrato es una facultad privativa del juzgador de instancia, sólo puede ser combatida en casación cuando tal interpretación resultase absurda, irracional o ilógica. (STS de 30 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Promociones Costa Alicante S. A.* suscribe contrato privado con don A. J. M. por el cual vende a éste un determinado local y un solar por un precio muy inferior al de mercado; precio cuyo aplazamiento es pactado en el contrato y del cual sólo se acredita haber sido satisfecha una parte. Con posterioridad a la venta, además, la vendedora continúa realizando diversos actos sobre los bienes objeto de la misma.

Como consecuencia de un proceso seguido por *Estructuras Alibén S. A. L.* contra *Promociones Costa Alicante S. A.*, es decretado el embargo de los bienes mencionados. Frente a ello, interpone don A. J. M. tercera de dominio, que es estimada en primera instancia, ordenándose el alzamiento del embargo. *Estructuras Alibén S. A. L.* plantea recurso de apelación contra dicha sentencia; recurso que es estimado por la Audiencia Provincial. Interpone entonces don A. J. M. recurso de casación ante el TS, que es desestimado. (A. M. M.)

**24. Apreciación de oficio de la falta de legitimación *ad causam*.**—La posibilidad de la apreciación de oficio se halla admitida por el TS (STS de 22 de febrero de 2001) debido a su afección al fondo del asunto, «constituyendo un requisito determinante de la posibilidad de obtener una sentencia estimatoria».

**Requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.**—Se establece como doctrina jurisprudencial la categorización del requerimiento resolutorio como declaración de carácter recepticia («acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad», STS de 27 de abril de 1988). El cumplimiento del requisito de conocimiento del requerido se entiende satisfecho cuando es el propio comprador requerido quien voluntariamente no toma conocimiento de su contenido, tras recibir el requerimiento. El que la devolución del requerimiento sea debido a que el funcionario del servicio de correos se limitó a examinar los buzones no puede servir de base para afirmar el cumplimiento del requerimiento. (STS de 28 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *Área de Servicios Agrícolas* y *QUASH* formulan demanda sobre resolución de contratos de compraventa por impago de la parte aplazada del precio de fecha 3 de abril y 15 de octubre de 1981, contra don R. G. G. El requerimiento fue realizado mediante personación del Notario en el domicilio del demandado, sin obtener respuesta alguna, así como por correo certificado. El demandado a su vez interpone acción reconvenzional en reclamación de daños y perjuicios económicos. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, resolviendo los contratos privados de compraventa, condenando a entregar a la parte actora las fincas objeto de las compraventas. En apelación se confirma la sentencia de primera instancia. Se recurre en casación, entre otros motivos, por violación del artículo 1504 CC.

NOTA.—Se continúa con la línea jurisprudencial que caracteriza la notificación por su naturaleza unilateral, realizada de forma notarial o judicial. La sentencia no analiza la notificación del requerimiento mediante correo certificado. La jurisprudencia mantuvo una postura contraria al envío notarial por correo certificado, aunque se ha aceptado casi unánimemente dicha forma (Martínez Sanchiz, artículo 1504, *Comentarios al CC*, Ministerio de Justicia).

La notificación se presenta para parte de la doctrina como una de las formas de la declaración recepticia, siendo el conocimiento del destinatario el momento en el que se completa dicha declaración. Para otro sector, nos encontramos ante un acto jurídico cuyos efectos son variados, operando como un deber, una carga o como un acto voluntario dependiendo del supuesto que se analice (Gómez-Salvago Sánchez, en Voz «Notificación», *Enciclopedia Jurídica Básica*). (P. S. S.)

**25. Limitación legal de las viviendas de protección oficial. Fijación del precio.**—La doctrina jurisprudencial entiende que los contratos de venta de viviendas de protección oficial disponen una serie de limitaciones legales a la autonomía de la voluntad, ya que no existe plena libertad en la fijación del precio. No obstante, la determinación de un precio superior al legal en estas viviendas no da lugar a la nulidad del artículo 6 CC, ya que la misma no se prevé en las normas reguladoras de las viviendas de protección oficial. Las infracciones conducen a sanciones administrativas y pérdidas de beneficios. La posibilidad de nulidad parcial de la cláusula no es sostenible según extensa doctrina jurisprudencial (SSTS de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992, 4 de junio y 16 de diciembre de 1993, 21 de febrero y 4 de mayo de 1994, 11 de julio de 1995, 15 de marzo y 21 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1998, 27 de marzo, 14 de junio y 6 de noviembre de 2000). Debe sostenerse la validez y eficacia del contrato. (STS de 16 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. N. compró una vivienda de protección oficial a *URBAISA*, mediante documento en 1989, en el que se acompañaba un anexo en el que se convenía la resolución del mismo, por lo que el que se utilizó para acompañar a la petición de calificación de la vivienda fue el posterior realizado. Así en 1990 las partes realizaron un segundo documento de venta de la vivienda en el que se trataba de hacer figurar un precio de venta que permitiese obtener la calificación referida. El comprador presentó demanda contra la entidad vendedora reclamando la devolución tanto de la parte del precio en lo que excedía del establecido para dicha clase de viviendas, como de lo pagado en demasía por concepto de IVA, así como la elevación a escritura pública del contrato. La demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia, declarando que tenía validez el contrato presentado por la entidad de 15 de noviembre de 1989. Se presenta recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Esta sentencia continúa la línea marcada por el TS en cuanto a la validez del contrato de compraventa de vivienda de protección oficial. Se abandona la idea de nulidad parcial del con-

trato, no afecta a la validez de las compraventas con precios superiores a los oficiales, ocasionando únicamente infracciones administrativas con la pérdida de beneficios que conlleva la mencionada calificación oficial. (P. S. S.)

**26. Arrendamiento de cosas.**—El TS ha señalado que el mero temor del arrendatario a que el arrendador no pueda garantizar el goce pacífico de la cosa arrendada no le legitima para resolver el contrato. La perturbación que, proviene de tercera persona, puede considerarse integrante de un incumplimiento por el arrendador de su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554.3.º CC), siempre que la perturbación consista en un ataque a la posesión arrendaticia mediante el ejercicio de la pertinente acción ante los órganos judiciales; «tal ataque ha de ser real y existente, sin que sea suficiente el temor del arrendatario a que se produzca esa alteración de su situación posesoria» (vid. STS de 15 de diciembre de 1993).

La sentencia dispone en el FD 3.º que no cabe imputar a la parte demandada el incumplimiento de la obligación del artículo 1554.3.º CC, ya que la arrendataria guardó silencio respecto a la modificación del vallado y no puso en conocimiento de la arrendadora esta circunstancia, limitándose a levantar un acta notarial. (STS de 18 de junio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Expo-Navar S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que solicitó la resolución de un contrato de arrendamiento como consecuencia del incumplimiento de la parte arrendadora de la obligación de mantener a la actora en el goce pacífico de los terrenos arrendados, debido a que ésta descubrió que la arrendadora no era la dueña de los terrenos y hubo una privación por la vía de hecho por tercero de parte de la superficie arrendada. En el contrato de arrendamiento constaba que los terrenos no eran propiedad de la arrendadora (el Club de Tenis de Pamplona), sino que ésta traía causa de la Subsecretaría de aviación civil y que lo que se arrendaba eran las instalaciones ubicadas en aquellos terrenos que eran propiedad del Club de Tenis. Además de la resolución del contrato, la entidad solicitó que se condenase a pagar una indemnización en concepto de daño emergente y lucro cesante, así como las costas causadas en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, también se desestima. Posteriormente, la entidad interpuso recurso de casación. (M. C. L. J.)

**27. Contrato de leasing. Definición y características.**—Este contrato atípico, complejo y regido por los pactos, procede de Estados Unidos, siendo admitido en nuestro ordenamiento en virtud del artículo 1255 CC. Si bien existe una definición auténtica del mismo, contenida en la DA 7.ª 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, la jurisprudencia (STS de 28 de noviembre de 1997) también lo define: es el contrato que tiene por objeto la cesión del uso de bienes adquiridos según deseos del usuario, que paga por el uso cuotas, y que incluye una opción de compra.

**Partes del contrato de *leasing*.**—En el contrato de *leasing* se ven involucrados tres sujetos (STS de 5 de octubre de 2000): el usuario (que celebra el contrato de *leasing*, recibe y utiliza la cosa); el proveedor (que entrega la cosa al usuario); y la empresa de *leasing* (que financia la operación conjunta, celebra con el proveedor un contrato de compraventa y con el usuario un arrendamiento con opción de compra).

**Opción de compra final en el contrato de *leasing*. Valor simbólico.**—Declara el TS (entre otras, SSTS de 28 de noviembre de 1998 y 15 de junio y 26 de noviembre de 1999) que no existe un parámetro que indique la proporción que ha de guardar la opción de compra final respecto del valor del bien. La cuota residual del *leasing* tiene un valor meramente simbólico.

**Titularidad de los bienes objeto de *leasing*.**—Afirma el TS (STS de 19 de julio de 1999) que la titular dominical de los bienes objeto de *leasing* es la empresa de *leasing*.

**Contrato de *leasing*. Aplicación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta de bienes muebles a plazos.**—Conforme reiterada jurisprudencia (SSTS de 30 de julio y 2 de diciembre de 1998), no es aplicable al contrato de *leasing* la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta de bienes muebles a plazos, salvo que se pruebe la existencia de un acuerdo simulatorio por el cual se encubra bajo dicha forma una verdadera compraventa.

**Interpretación del contrato.**—La calificación jurídica del contrato responde a una labor de interpretación que es privativa de los tribunales de instancia (SSTS de 10 de octubre de 1989, 20 de febrero de 1990, 19 de julio de 1999 y 10 de noviembre de 2001). Por ello, debe prevalecer en casación, salvo que resultara notoriamente ilógica o ilegal. (STS de 28 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos entidades mercantiles suscriben con una tercera contrato de *leasing* en relación a cierta maquinaria. Se pacta un fraccionamiento del precio en sesenta mensualidades y una opción de compra final cuyo valor es inferior al de una mensualidad. Como consecuencia de determinadas deudas contraídas por la entidad usuaria de la maquinaria frente a la *Tesorería General de la Seguridad Social*, se traba embargo sobre la mencionada maquinaria.

Las dos empresas de *leasing* interponen frente al embargo tercera de dominio, solicitando el levantamiento de la traba y la declaración de que son propietarias de los bienes embargados. La demanda es estimada en primera instancia, siendo tal sentencia recurrida en apelación por la *Tesorería General de la Seguridad Social*. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia, pues considera que no se ha probado acuerdo simulatorio alguno, a pesar de que la opción de compra final (cuota residual) tiene un valor inferior a las mensualidades, pues tal cuota cumple una función simbólica. Interpone frente a esto la *Tesorería General de la Seguridad Social* recurso de casación, que es desestimado por el TS.

**NOTA.**—La DD única de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, ha derogado la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, cuya aplicación era negada en esta sentencia por el TS, al considerar que no se trataba de una compraventa a plazos, sino de un contrato de *leasing*. (A. M. M.)

**28. Opción de compra y contratos de arrendamientos. Concepto, ejercicio y efectos.**—Con la inclusión en un contrato de arrendamiento de una cláusula de opción de compra, el arrendador-promitente, concede al arrendatario-optante la facultad de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado, a la oferta de venta contenida en la citada cláusula, de modo que, una vez debidamente ejercitada oportunamente dentro del plazo contractualmente pactado, se extingue, dando lugar a la perfección automática del contrato de compraventa. La opción de compra, como figura *sui generis*, con sustantividad propia y con fundamento en la amplitud normativa del artículo 1255 CC, ha sido tratada muy frecuentemente por la jurisprudencia del TS, el cual ha señalado al respecto el carácter unilateral del acto de ejercicio de la opción, sin que tenga que concurrir con la misma la aceptación de quien la concedió. En cualquier caso, las partes están obligadas al cumplimiento de los correspondientes requisitos legales y contractuales, de modo que la actuación de ambos, promitente y optante, han de ajustarse a los dictados de la buena fe. En este sentido el promitente ni puede retirar la oferta ni realizar ninguna actividad que pueda frustrar u obstaculizar el ejercicio de la opción. Por su parte, el optante tiene igualmente la carga de actuar diligentemente, de modo tal que en el ejercicio de la opción debe emplear los medios adecuados.

**Doctrina del TS sobre si el ofrecimiento o la consignación del precio ha de acompañar necesariamente el ejercicio de la opción de compra.**—Por lo que a la fijación del precio de la venta se refiere, cuando la opción se incluye en un contrato de arrendamiento, puede establecerse que, del mismo, se procederá al descuento de las cantidades que, hasta el momento del ejercicio de la opción, haya abonado el optante al concedente en concepto de renta. Puesto que el efecto propio y esencial del ejercicio de la opción en tiempo y forma, no es otro que la perfección del contrato de compraventa, y el sometimiento del mismo a su propia regulación, esto es, a los artículos 1445 y ss. CC, por lo que al pago del precio se refiere, salvo pacto de las partes en otro sentido, en virtud del artículo 1450 CC, la compraventa se perfecciona con el simple ejercicio de la opción, sin que sean necesarias ni la entrega de la cosa ni la consignación o entrega del precio. (STS de 6 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. G. S., demandó a la empresa *Consulting 2000*, a don A. L. M., y a doña I. D. V., solicitando que se declare ejercitada conforme a derecho la opción de compra contenida en el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes sobre una nave y los terrenos colindantes a la misma, así como el levantamiento de las cargas que pesaban sobre la finca. La cláusula décima de dicho contrato establecía al respecto: «en este contrato de arrendamiento se concede la opción de compra cuyo precio es de nueve millones de pesetas, del cual se descontarán las cantidades en concepto de renta que haya venido abonando hasta el momento en que se ejercita dicha opción ... El precio de nueve millones de pesetas se establece a la fecha de la firma del contrato de arrendamientos, por lo que en el momento en que se ejercite la opción, se verá aumentado o disminuido en el mismo porcentaje en que lo haga el IPC ... El plazo para ejercitar esta opción es de dos años contados a partir de la firma del contrato de arrendamiento siempre y cuando se hubieran levantado las cargas de la finca ...». Desestimada la demanda en primera instancia por falta

de competencia territorial, dicha sentencia fue recurrida en apelación, siendo igualmente desestimado el recurso.

NOTA.—El TS, con cita de su abundante jurisprudencia al respecto (entre otras, SSTTS de 3 de febrero, 13 de noviembre y 1 y 22 de diciembre de 1992, 26 de octubre de 1995, y 15 de diciembre de 1997), viene a reiterar en la sentencia que anotamos su ya consolidada jurisprudencia acerca del carácter y ejercicio de la opción de compra incorporada en un contrato de arrendamiento. La perfección del correspondiente contrato de compraventa se produce con el ejercicio de la misma, sin que sea requisito imprescindible, salvo pacto en contrario, la entrega o consignación del precio establecido (SSTS de 2 de febrero de 1992, 17 de mayo y 24 de junio de 1993, y 14 de febrero de 1997). Entiende el TS que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 1281 CC, puesto que la cláusula relativa al precio, en concreto la núm. 10, era clara y no dejaba duda acerca de la voluntad de las partes, por lo que, al respecto, *«se estará al sentido literal de sus cláusulas»*. Con respecto al levantamiento de las cargas que existían sobre la nave, aun cuando la Audiencia Provincial desestimó el recurso único y exclusivamente por no haberse ofrecido o consignado el precio, el TS entiende al respecto, *«para despejar cualquier duda»* (FJ 4.º), que debe estimarse la demanda en cuanto se pide la cancelación de las cargas que pesaban sobre la finca, condenando a los demandados a que realicen la citada cancelación bajo apercibimiento de que, en otro caso, se hará a su costa. Sobre la opción de compra *vid.* al respecto, Cañizares Laso, A., en voz «Opción de compra», *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 4587-4588; Torres Lana, J. A., *Contrato y derecho de opción*, Madrid, 1987. (R. D. O.)

**29. Arrendamientos urbanos. Excepciones a la prórroga por causa de necesidad y beneficio de exención de la justificación de necesidad de las Corporaciones de Derecho público.**—La necesidad de ocupación de la vivienda o local de negocio que constituye una excepción a la prórroga del arrendamiento no tiene que justificarse por las Administraciones Públicas, a diferencia de lo que sucede en el régimen general. El beneficio a favor de las Administraciones Públicas se fundamenta en la existencia de un interés general, relativo al normal funcionamiento de dichas Administraciones: el de disponer del inmueble arrendado a un particular para establecer sus oficinas o servicios.

El FD 3.º, siguiendo a la STC de 16 de noviembre de 1993, dispone que la norma contenida en el artículo 76.1 LAU entraña una limitación justificada por el interés general al que sirven las Administraciones Públicas, que opera en el contrato de arrendamiento, cuya prórroga puede denegarse por aquéllas al amparo de una causa legal (la situación de necesidad que por efecto de la exención legal no precisa ser justificada en el proceso civil). Por lo tanto, en dicho proceso no cabe que el inquilino discuta la necesidad de la ocupación cuando la misma se invoque por el arrendador demandante, una Administración Pública, para establecer sus oficinas o servicios; ello se debe no al debilitamiento *ex lege* de la posición procesal del inquilino, sino a la exclusión de esta cuestión del objeto propio del proceso arrendaticio, por imperativo legal.

En esta sentencia, el TS señala que en el momento de hacerse el requerimiento notarial de desalojo, así como al iniciarse los respectivos procedimientos civiles, la resolución administrativa no era firme y por tanto, no se cumplía el requisito de la existencia de la declaración de necesidad por el Ministerio exigido en el artículo 76.2 LAU.

**Posibilidad del arrendatario de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto de declaración de la necesidad de ocupación.**—El artículo 76.1 LAU no excluye la posibilidad del arrendatario de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto declarando la necesidad de ocupación de la vivienda por parte de la Administración, sin que ello en modo alguno implique el desplazamiento de la carga de la prueba en perjuicio del arrendador, sino la simple carga para el particular de recurrir dicho acto en sede judicial, ya que goza de presunción de legalidad. (*Vid.* FD 3.º y STC de 16 de noviembre de 1993). (**STS de 25 de junio de 2001**; ha lugar.)

**HECHOS.**—La *Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la resolución de distintos contratos de arrendamientos de viviendas por causa de necesidad (excepción a la prórroga de los contratos). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ante lo cual la sentencia es apelada y la Audiencia Provincial la desestima. Posteriormente, algunos de los arrendatarios demandados recurren la sentencia en casación. (*M. C. L. J.*)

### **30. Contrato de renta vitalicia y contrato de vitalicio. Distinción.**—

En relación a la distinción entre el contrato de renta vitalicia y el denominado contrato vitalicio, la doctrina científica y la mayor parte de las resoluciones jurisprudenciales del TS separan ambas figuras y estiman que no son aplicables al contrato vitalicio las reglas que establece el Código civil para la renta vitalicia (arts. 1802 a 1808 CC). No obstante, ya existe jurisprudencia (SSTS de 1 de julio de 1982 y de 1 de julio de 1998) que considera al vitalicio como una modalidad de la renta vitalicia.

**Retracto arrendaticio urbano: venta de porción de finca mayor que la arrendada.**—El artículo 25.7 LAU 1994 es contundente al señalar que no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble, precepto que el artículo 31 (que se refiere a los arrendamientos para uso distinto de vivienda) hace aplicable en virtud de lo establecido en la DT 1.ª 2 de la citada ley. El retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada, no resulta posible el derecho de retracto (STS de 24 de mayo de 1982). En igual sentido se ha señalado que, vendida la totalidad de la finca como unidad, no puede pretenderse el retracto por el inquilino de uno de los pisos (STS de 30 de abril de 1985). (**STS de 27 de noviembre de 2001**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En mayo de 1987 doña P. M. B. (en su condición de propietaria) y los hermanos don M. M. G. y don J. P. M. G. (como locatarios) concertaron un contrato de arrendamiento sobre

una parte de un inmueble —un local comercial— sito en Úbeda. Mediante escritura otorgada el 10 de agosto de 1992, doña R. G. Q. (demandada en estos autos) adquirió la nuda propiedad de dicho inmueble, por cesión realizada por doña P. M. B. de la totalidad de la finca, reservándose esta última el usufructo vitalicio. Tal transmisión de la nuda propiedad obligaba a la demandada a vivir en compañía de su pariente, cuidándola y asistiéndola en todas sus necesidades hasta su fallecimiento y prestándole alimentos. Producido el fallecimiento de doña P. M. B., doña R. G. Q. requirió notarialmente al vencimiento del contrato a los arrendatarios para que le entregasen el local de su propiedad. No consta que doña R. G. Q. les notificase las condiciones en que se efectuó la transmisión en el plazo legalmente establecido, ni de forma fehaciente.

Por ello, los citados arrendatarios formulan demanda de juicio de retracto arrendaticio urbano frente a doña R. G. Q. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada y condena a la demandada a otorgar escritura de venta de dicho local comercial a favor de los actores con arreglo al precio que se determine en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y declara no haber lugar al retracto arrendaticio urbano solicitado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

**31. Contrato de obra. La disminución de la obra efectivamente ejecutada con respecto a lo previsto en el proyecto es susceptible de producirse por circunstancias sobrevenidas de diversa índole no imputables al arquitecto. Éste no está obligado a indemnizar por una modificación conocida y aceptada por el comitente, que no puede ir contra sus propios actos.**—En el caso que nos ocupa hubo una efectiva variación material del proyecto ideado, que es susceptible de producirse en los procesos constructivos, tanto por circunstancias impuestas, como pueden ser de orden urbanístico (S de 1 de junio de 1998), como sobrevenidas en atención a situaciones que aparecen en cada caso concreto y es lo que aquí ha concurrido, ya que la variación del proyecto, con la consecuente reducción superficial de los sótanos, tuvo unas causas determinadas, conforme a lo declarado probado, y fue que al proceder a la excavación del solar se pudo comprobar que parte de las zapatas de sustentación del edificio colindante se encontraban en el perímetro superficial de la finca de la recurrente, la que invadían de este modo, y hubo por ello de recalzarse la cimentación vecina mediante la apertura de catas alternas y, así mismo, se encontró roca dura que impuso que el dimensionado de las zapatas fuera mayor, por lo que los muros delimitadores de los sótanos no se pudieron llevar hasta las líneas límites del solar en los lindes afectados.

Las obras de referencia fueron realizadas a la vista de la recurrente, mediante el control de sus empleados, habiendo prestado su consentimiento, y figuran reflejadas en el preceptivo Libro de órdenes, es decir que aceptó, sin resolver el contrato ni haber llevado a cabo protesta alguna, la disminución superficial de los sótanos por causa de los impedimentos que se dejan dichos y provocaron las soluciones constructivas adoptadas ante los imprevistos que se presentaron y ello con sus consecuencias futuras en

cuanto a la disponibilidad de las plazas de garaje que efectivamente resultaron realizadas.

Determina, a su vez, el rechazo del motivo que, aunque el caso que nos ocupa no se trata de supuesto de aumento de obra, sino precisamente de disminución de la misma, con efectiva variación del proyecto y teniendo en cuenta que la sentencia declara que existió el consentimiento de la recurrente, asistida de conocimiento suficiente de los hechos, lo que hace aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada y conocida que proclama que los supuestos de modificaciones sobrevenidas y aceptadas conformen acto propio que vincula al autorizante y le veda ir contra los mismos para postular las indemnizaciones que reclama en el pleito (SS de 23 de marzo y 19 de junio de 1992, 10 de junio y 11 de octubre de 1994, 3 de octubre de 1995 y 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, entre otras).

No se trata en el caso presente, pues no se planteó, de ruina constructiva que haría aplicable el artículo 1591 CC y doctrina que lo interpreta, en cuanto vicios del suelo imputables al arquitecto. Se presenta como cuestión nueva y su alegación en casación rechaza rotundamente la jurisprudencia civil reiterada (SS de 13 y 14 de junio de 1992, 7 de junio de 1996, 9 y 23 de octubre de 2000 y muchas más).

**La valoración judicial de la prueba pericial es impugnabile en casación si contradice las reglas de la sana crítica y de la lógica humanas.**—Cabe denunciar en casación la valoración judicial de la prueba pericial ante la existencia de fallo o error deductivo claro y manifiesto y que se presente contradictor a las reglas de la sana crítica, entendida como las elementales directrices de la lógica humana (SS de 25 de junio de 1999, que cita las de 9 de abril de 1990, 24 de enero de 1991, 10 de marzo y 11 de octubre de 1994 y 3 de abril de 1995); equivocación que en este caso no se aprecia. (STS de 31 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La arquitecto demandada realizó un proyecto de obra de un edificio en el que se incluía un número de plazas de garaje superior al que finalmente resultó de la ejecución de la obra. Esta modificación fue debida a que, una vez iniciados los trabajos de construcción, se descubrió que los cimientos del inmueble adyacente invadían parcialmente el subsuelo de la finca donde el edificio litigioso había de construirse, lo que, junto a la necesidad de reforzar dichos cimientos para evitar el desplome del edificio colindante, produjo una disminución de la superficie de la planta en la que habían de ubicarse los garajes. Notificada la situación al comitente, éste no paralizó la obra, ni puso reparo alguno a su prosecución, pero tras su finalización, interpuso demanda en reclamación de daños y perjuicios por la menor cantidad de plazas de aparcamiento resultantes. Ambas sentencias de instancia desestimaron la pretensión del actor y apelante, que recurre en casación ante el TS.

**NOTA.**—Pese a que en la sentencia se parte de la base de que la disminución de la obra efectuada con respecto a lo inicialmente proyectado se debió a circunstancias sobrevenidas y no imputables al arquitecto, en nuestra opinión tal advenimiento no se produjo. La circunstancia de que los cimientos de la finca adyacente al edificio proyectado y posteriormente construido invadieran parte del subsuelo de la finca donde éste debía alzarse, estaba pre-

sente desde el momento en que se encargó el proyecto y ejecución del inmueble en cuestión, por lo que no puede decirse que un acontecimiento inesperado haya venido a interferirse en el normal cumplimiento de lo pactado. Vistas así las cosas, la situación parece más cercana al supuesto de vicios del suelo que al de una alteración sobrevenida de las circunstancias. Cosa distinta es que el arquitecto debiera o no haber descubierto con anterioridad a la excavación el auténtico estado del suelo, puesto que, evidentemente, al proyectar el edificio había contado con una situación diferente. En cualquier caso, y en ello acierta plenamente el Alto Tribunal, una vez puesta en conocimiento del comitente la verdadera superficie útil y la necesidad de modificar el proyecto para adecuar la obra a ella, su aquiescencia a la continuación de la misma impide su posterior reclamación de una indemnización por daños y perjuicios, pero quizá no tanto en atención a la doctrina de los propios actos, sino en consideración a que dicho consentimiento –por más que pueda considerársele tácito– puede calificarse como una auténtica novación del contrato, que impide que la adecuación de la prestación a su nuevo contenido constituya un incumplimiento. (*M. C. B.*)

**32. Responsabilidad decenal ex artículo 1591 CC. Imputación de responsabilidad a los intervinientes en el proceso constructivo. Solidaridad.**—El artículo 1591 CC impone una responsabilidad objetiva: establece una imputación de responsabilidad a cargo de las personas que han intervenido en el proceso constructivo siempre que la ruina se haya producido en el plazo de garantía de diez años. Además, el artículo 1591 CC imputa la responsabilidad, solidariamente, a los intervinientes en el proceso constructivo, a no ser que prueben su falta de causalidad. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha declarado que, cuando no se puedan determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervinientes en el hacer constructivo, la responsabilidad es solidaria de todos ellos (SSTS de 27 de septiembre de 1995, 2 de febrero de 1996, 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo de 1998, 13 de octubre de 1999, 21 de febrero y 9 de marzo de 2000, ... etc.). Por ello, cuando no es factible practicar segregación de responsabilidades de cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo, la responsabilidad puede serle reclamada a cualquiera de ellos.

**Responsabilidad decenal ex artículo 1591 CC. Carga de la prueba.**—Las personas que han intervenido en el proceso constructivo son quienes deben probar que los vicios ruínógenos acreditados no tienen que ver con su actuación profesional. De no hacerlo, sufren las consecuencias de la efectiva falta de prueba: la aplicación indiscutible del artículo 1591 CC. En consecuencia, la falta de acreditación de culpa específica e individualizada de los intervinientes en el proceso constructivo, les hace a todos ellos responsables solidarios. (**STS de 5 de noviembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *A. D. M. Internacional, S. A.* ejercita varias acciones contra cinco codemandados, por razón de la compra de un terreno y construcción de una vivienda unifamiliar. Entre estas acciones, destaca la reclamación de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC respecto al arquitecto don E. B. O. P.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a don E. B. O. P. de toda demanda en su contra. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primera instancia en este particular, le condena, junto a la sociedad constructora, a reparar los desperfectos y deficiencias apreciados en la vivienda propiedad de la actora. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Actualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. La precitada ley no deroga la regulación del arrendamiento de obra del Código civil, sino que sólo deroga lo que contradiga a la misma. Tras la nueva Ley, cuando la causa de los daños materiales no pueda individualizarse o no pueda quedar debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño, «la responsabilidad se exigirá solidariamente» (art. 17). (M. C. C. M.)

**33. Reclamación por la comunidad de propietarios de la reparación de defectos constructivos. No aportación del acuerdo de la junta para demandar.**—La jurisprudencia distingue entre documentos básicos de la pretensión que fundamentan la causa de pedir, documentos complementarios que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio y documentos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tiene existencia real. Sólo respecto a los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 LEC. Para los segundos, según doctrina jurisprudencial reiterada, rige el principio de que procede su aportación posterior, durante la tramitación del pleito (SSTS de 16 de julio de 1991, 24 de julio de 1996, 14 de diciembre de 1998 y 5 de febrero de 2001).

**Reclamación por la comunidad de propietarios de la reparación de defectos constructivos. No aportación del acuerdo de la junta para demandar. Legitimación activa del presidente.**—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 22 de febrero de 1993 y 5 de julio de 1995) que el presidente no necesita de autorización de la junta para intervenir ante los tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley, o salvo que exista una oposición expresa y formal. Según el artículo 12 LPH, al contar con la representación orgánica de la comunidad, el presidente está facultado para ejercitar acciones judiciales, respondiendo de su gestión ante la Junta. Tiene pues, apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses comunitarios. Por el contrario, el artículo 20 LPH exige el requisito de autorización previa de la junta cuando se trata del administrador.

**Defectos constructivos ruinosos. Concepto.**—La más moderna jurisprudencia de esta sala afirma que no debe quedar reducido dicho término al derrumbamiento total o parcial, sino que se extiende a todos los defectos que dificultan el uso normal de las viviendas, lo hagan molesto o irritante y, a su vez, cuando se genera un estado de imperfecciones derivadas del uso normal de las cosas (SSTS de 25 de enero de 1993, 29 de marzo de 1994, 13 de octubre de 1995 y 21 de marzo de 1996).

**Responsabilidad decenal ex artículo 1591 CC. Imputación de responsabilidad a los intervinientes en el proceso constructivo. Solidaridad.**—La acción fundada en el artículo 1591 CC instaura la solidaridad cuando no

resulte posible individualizar las responsabilidades concretas; es decir, cuando no sea posible la individualización o cuantificación de las respectivas actuaciones. La solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 16 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un inmueble sito en Madrid promueve demanda contra *Construcciones Salamanca, S. A.* y otros cuatro codemandados, para que efectúen en un plazo prudencial las obras de mejora, reparación y sustitución necesarias para solucionar los defectos constructivos existentes en el edificio. Queda probado que no se presenta con la demanda el acuerdo, que había sido adoptado válidamente por los copropietarios, autorizando al presidente para comparecer en el pleito, a fin de ejercitar la acciones judiciales promovidas. Posteriormente, en el acto de comparecencia se aportó el acta completa que recoge la específica autorización para promover demanda judicial «contra quienes corresponda» con el fin de subsanar los defectos de construcción hallados en la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta y condena a los demandados a ejecutar determinadas obras en el inmueble en el plazo de ciento veinte días hábiles a contar desde la firmeza de la sentencia. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos y revoca la sentencia del Juzgado respecto a la condena a efectuar determinadas obras en el aparcamiento del inmueble. El TS declara no haber lugar al recurso de casación formulado por *Construcciones Salamanca, S. A.*

NOTA.—La Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal ha sido reformada recientemente por la Ley 8/1999, de 6 de abril. Tras la reforma de la citada Ley, la facultad del presidente para ejercitar acciones en juicio y fuera de él sobre asuntos que afecten a la comunidad aparece prevista en el artículo 13.

Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Hasta la promulgación de la mencionada ley, la construcción de edificios se regulaba por las normas sobre arrendamiento de obra del Código civil. Sin embargo, ante el auge y complejidad técnica que ha alcanzado en la actualidad el proceso constructivo, tal regulación resultaba escasa e inapropiada. La LOE trata de abarcar el proceso constructivo y solventar los problemas jurídicos derivados del mismo. (*M. C. C. M.*)

**34. Responsabilidad del promotor-vendedor por los defectos constructivos de los pisos vendidos. El artículo 1692.1 LEC se refiere a los límites de la jurisdicción civil frente a otras jurisdicciones o en caso de sumisión del asunto litigioso a arbitraje.**—El motivo está erróneamente fundamentado desde la órbita de la casación, pues olvida la constante jurisprudencia de esta Sala según la cual el ordinal primero del artículo 1692 LEC se refiere a los límites especiales de la jurisdicción civil frente a la extranjera, o frente a órganos jurisdiccionales de otro orden o cuando existe un sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje (S de 22 de marzo de 2000 y las que cita).

**El recurrente en casación no está legitimado para pretender la condena de un codemandado absuelto en la instancia, sino que ha de demostrar la imputabilidad a éste de la conducta como prueba de la ausencia de su propia responsabilidad.**—Por otra parte, lo que en realidad pretende es la condena del arquitecto codemandado, y esta Sala tiene un cuerpo de doctrina que niega la legitimación del recurrente a estos efectos, pues lo ha de demostrar, ya que constituye su interés propio poner de relieve su ausencia de responsabilidad (SS de 7 de julio y 24 de febrero de 2000 y las que en ellas se citan). Por otra parte, es obvio que yerra la recurrente al calificar de fraudulenta la conducta procesal de la actora; ha actuado dentro de los límites legítimos de su interés procesal, que no le obliga a velar por el de los codemandados. Los mismos pueden, ejercitando las acciones oportunas, defenderlo.

**La figura del contratista es equiparable a la del promotor a los efectos de imputarle la responsabilidad derivada del artículo 1591 CC, independientemente de que otro sujeto haya sido el constructor, bajo dirección técnica de arquitecto.**—La doctrina de esta Sala equipara con carácter general la figura del contratista con la del promotor a los efectos de incluirlo en la responsabilidad del artículo 1591 CC (SS de 8 de octubre de 1990, 8 de junio de 1992, 20 de junio de 1995 y 3 de mayo de 1996), y esta doctrina aparece aplicada en la sentencia que se recurre. No puede la recurrente pretender lo contrario cuando ella es la que ha encargado la obra al constructor, para realizar el proyecto confeccionado por el arquitecto-director de obra, también demandados. Son los que, elegidos por la promotora recurrente, realizan para ella el edificio que destinaba a la venta por pisos como desarrollo de su actividad mercantil. Empleando los términos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, no vigente en la fecha de los hechos, es la recurrente quien, como promotora, «decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9.1). El que la recurrente como promotora no haya sido constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SS de 21 de febrero de 2000 y las que cita).

**La acción personal para reclamar responsabilidad por los vicios constructivos está sujeta a un período de prescripción de quince años contados desde la manifestación de los defectos, siempre y cuando ésta se haya producido en un período de diez años desde la terminación de la obra, sin que el ejercicio de la acción requiera denuncia previa de la existencia de los vicios.**—El motivo se desestima pues la apreciación de las pruebas documental y pericial lleva a la Audiencia a declarar que los vicios ocurrieron dentro del plazo de garantía de diez años que señala el artículo 1591 CC desde la terminación de la obra. La recurrente, para apoyar sus afirmaciones contrarias, realiza una valoración subjetiva y parcial de aquel material probatorio, pero no señala ningún precepto legal que en esa tarea haya sido infringido por la sentencia recurrida, incurriendo en error de derecho, que es lo único controlable en casación, que no es una tercera instancia en la que cupiese una nueva valoración de la prueba practicada. Según la doctrina de esta Sala, en ese plazo de diez años han de aparecer los vicios, contándose a partir de tal evento la acción personal de responsabilidad de quince años (SS de 6 de abril de 1994, 29 de diciembre de 1998 y 29 de diciembre

de 1989, entre otras muchas), sin que se exija por el tan citado artículo 1591 CC la obligación de poner en conocimiento la aparición de los vicios a los legitimados pasivos como requisito o presupuesto necesario para ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad.

**No es incongruente la sentencia que condena a reparar unos defectos no detallados pero sí comprendidos en el suplico de la demanda, pero sí en los hechos de la misma.**—El motivo se desestima, pues basta con leer el hecho tercero de la demanda para apercibirse de que la comunidad actora reclama por defectos de carpintería, y que ellos están comprendidos ineludiblemente en la súplica de la demanda, como los demás defectos constructivos, aunque éstos ni aquéllos se vuelven a pormenorizar en tal suplico, amplio y omnicomprendivo para todos los mencionados en los hechos de la demanda. Otra cosa es la legalidad de la condena de la recurrente con arreglo al artículo 1591 CC, que no se trata en el motivo en examen.

**El presidente de la comunidad de propietarios tiene legitimación activa para reclamar por los defectos que afectan al edificio como un todo, legitimación a la que no se refiere el artículo 359 LEC.**—El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.3.º LEC, acusa infracción del artículo 359 de dicha Ley. En su defensa se dice que la mayor parte de los vicios se refieren a elementos privativos, para cuya defensa no tiene facultades el presidente de la comunidad actora.

El motivo se desestima. Ninguna relación guarda el problema de la legitimación activa con el artículo invocado como infringido ni con el ordinal 3.º del artículo 1692 LEC. Por otra parte, la sentencia recurrida no se refiere a defectos en específicos pisos independientes, sino a los del edificio como un todo, que pueden tener influencia en aquéllos, pero en modo alguno cabe sostener que entonces el interés general de la comunidad dependa o se subordine a que el propietario quiera ejercitar las acciones oportunas.

**Los adquirentes de los pisos están activamente legitimados para reclamar responsabilidad a promotores, constructores y técnicos con base en el artículo 1591 CC, sin que el artículo 1907 CC tenga nada que ver con la cuestión.**—El motivo se desestima porque de nuevo ha de insistirse en que el recurso de casación no es una tercera instancia del pleito, en la que puedan volverse a valorar aquellas pruebas, y porque el artículo 1907 CC nada tiene que ver con el problema planteado. Su presupuesto es el desarrollo o concreción del artículo 1902 CC, que obliga al propietario a reparar el daño causado a tercero, y aquí estamos en el ámbito del artículo 1591 CC, que es el de la responsabilidad de promotores, constructores y técnicos de una obra frente a los adquirentes, que son legitimados activos según doctrina de esta Sala establecida en la interpretación del artículo 1591 (SS de 25 y 17 de marzo de 1998, 9 de junio de 1989 y 6 de febrero de 1997).

**El artículo 1214 CC, regulador de la carga de la prueba, sólo se infringe cuando la sentencia recurrida ha alterado el *onus probandi*, imponiendo a una parte la carga probatoria de un hecho que incumbe a la contraparte.**—El motivo se desestima porque de nuevo hay que repetir que el recurso de casación no es una tercera instancia, y porque en la sentencia recurrida no se imputa ninguna responsabilidad a la promotora recurrente por no haber probado lo que no era su carga procesal con infracción del artículo 1214, sino que, dado los hechos probados que aparecen en autos, realiza la correspondiente imputación de responsabilidades. Si al fijar tales hechos se incurrió en error de derecho. debería haberse señalado las normas atinentes a

esa actividad infringidas por la Audiencia, y no se ha hecho, en su lugar se combate subjetiva e interesadamente su labor. El artículo 1214 CC sólo se infringe cuando la sentencia que se recurre ha alterado el *onus probandi*, es decir, cuando impone a la parte procesal la carga de probar lo que, según el precepto citado incumbe a la contraparte.

**Para impugnar la valoración de la prueba pericial por la Audiencia, el recurrente en casación ha de demostrar que aquélla es ilógica o arbitraria.**—El motivo se desestima en cuanto a los defectos distintos de la carpintería exterior del edificio. La sociedad recurrente no nos ofrece más que su versión interesada de la prueba pericial, no de que sea ilógico o arbitrario el proceder de la Audiencia al valorar el informe del perito. Su lectura permite coleccionar fácilmente cómo los daños están causados por mala construcción o ejecución o defecto de los materiales.

Respecto de los vicios de la carpintería exterior, la recurrente estima que fueron debidos a la falta de mantenimiento adecuado. No es eso lo que puede extraer y extrae la Audiencia del dictamen pericial, en el que se alude expresamente como concausa a defectos de calidad de la susodicha carpintería. Otra cosa es que sea acertado el criterio de la Audiencia de responsabilizar en su totalidad a la recurrente como promotora, pero ello no es tema de este motivo (sólo la infracción del art. 632 LEC), que debió formularse además del que se ha examinado, y en esa labor no puede la Sala constituirse en directora técnica de una parte del litigio contra la otra.

**La casación no es una tercera instancia en la que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la integración del *factum*, pueda valorarse nuevamente la prueba y corregirse la aplicación de las normas legales.**—El motivo se desestima porque la recurrente lo que pretende es que la casación se convierta en una tercera instancia, ya que no se trata de integrar hechos que, probados, debieron ser tenidos en cuenta por el juzgador explicitándolos además, sino de valoraciones probatorias y aplicaciones de normas legales las que habrían de ser corregidas para dar satisfacción a la recurrente, lo que obviamente es imposible que tenga amparo en la doctrina jurisprudencial de la integración del *factum*.

**Es facultad de la Audiencia, no impugnabile en casación, la apreciación de circunstancias que eximan del pago de las costas de la instancia.**—El motivo se desestima porque la concurrencia o no de circunstancias excepcionales que permitan la no imposición de las costas de la apelación es una facultad discrecional de la Audiencia, cuya falta de ejercicio no puede dar lugar a la casación de su sentencia. (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los propietarios de un bloque de pisos, representados por el presidente de la comunidad, interponen acción de reclamación de responsabilidad con base en el artículo 1591 CC por los vicios constructivos descubiertos en el edificio, contra el promotor-vendedor, la constructora y el arquitecto intervinientes en el proceso de edificación del inmueble. El Juzgado acogió parcialmente la demanda, condenando solidariamente al promotor y a la constructora y absolviendo al arquitecto. Apelada la sentencia por los condenados en primera instancia y adherida al recurso la comunidad de propietarios, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia de instancia ampliando la condena a reparar los defectos percibidos en la carpintería exterior del inmueble. El promotor interpone el recurso de casación, que es desestimado por el TS. (M. C. B.)

**35. Vicios de la construcción: artículo 1591 CC. Responsabilidad del arquitecto superior y del arquitecto técnico.**—En esta sentencia el TS analiza las responsabilidades de distintos intervinientes en la construcción. Respecto al arquitecto superior señaló que quedaba exonerado de responsabilidad al adecuarse el proyecto a la normativa vigente, sin embargo, la constructora no aparece exonerada de responsabilidad al no actuar según las reglas y normas de la buena construcción.

El arquitecto técnico tampoco queda exonerado de responsabilidad, en el FD 3.º de esta sentencia, el TS realiza un análisis detallado de los deberes correspondientes al arquitecto técnico que son los siguientes: 1.º) la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos; 2.º) el empleo de los materiales adecuados; 3.º) deber de conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al arquitecto superior del incumplimiento; 4.º) vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*; 5.º) inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad; y 6.º) la correcta ejecución de las actividades constructivas respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionan debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen. (STS de 18 de septiembre de 2001; no ha lugar al recurso del arquitecto técnico y sí ha lugar al presentado por la comunidad de propietarios en lo relativo a las costas.)

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de la Urbanización *Arco Iris*, interpuso en el ejercicio de la acción decenal del artículo 1591 CC, demanda para la reparación de los vicios ruinógenos de tal urbanización, frente a la promotora (que fue declarada en rebeldía), el arquitecto técnico superior y contra el arquitecto técnico. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria en su integridad y condenó solidariamente a los demandados a reparar los vicios ruinógenos.

La parte actora interpuso recurso de apelación con el objeto de hacer extensiva la condena a las deficiencias de grietas en machones de fachadas y antepechos de terrazas. También el arquitecto superior interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial limitó la condena a la promotora y al arquitecto técnico. Contra el fallo, el arquitecto técnico recurre en casación.

**NOTA.**—La condena solidaria que se proclama para las responsabilidades, derivadas del artículo 1591 CC no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial, de tal forma que al obviar dicha solidaridad, el principio de la regla de individualización de la responsabilidad sólo se justifica cuando no se pueda discernir el grado de responsabilidad de cada uno de los demandados. El TS ha reiterado que en los casos en que se pueda deslindar la responsabilidad por daños ruinógenos de los distintos intervinientes en la obra se atribuirá la misma tan sólo a quien la haya originado (*vid.* SSTS de 22 de marzo y 29 de mayo de 1997, 13 de mayo de 1999 y 21 de febrero de 2000, entre otras). (*M. C. L. J.*)

**36. Vicios de la construcción: artículo 1591 CC. Delimitación de las funciones del aparejador y del arquitecto.**—El aparejador tiene una función

propia y separada de la del arquitecto del que es colaborador técnico. La responsabilidad del aparejador se deriva de sus funciones que son: 1) inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas; 2) ordenar la ejecución material de la obra; 3) vigilar que la obra se efectúe con sujeción al proyecto y a las buenas prácticas de la construcción; y 4) observar las órdenes e instrucciones del arquitecto.

El arquitecto como encargado en la dirección de la obra debe conocer todos los aspectos de la misma y es el responsable último como realizador y director del proyecto. En lo que respecta a la responsabilidad de los arquitectos, el arquitecto es responsable: 1) de que la ejecución de la construcción se realice en cuanto a su forma con arreglo a las pautas constructivas determinadas en el proyecto; 2) de que la obra se realice con arreglo a las reglas legales y técnicas que rijan la construcción del proyecto; 3) de que se verifique el proyecto aceptado y contratado con mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad. (STS de 10 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *INMOBILIARIA M.B.M.*, S. A. acordó que los arquitectos don J. O. M., don J. T. V. y don Javier de la C. D. elaboraran un proyecto para la construcción de sesenta y siete viviendas de protección oficial, locales comerciales y garajes. Posteriormente, la citada entidad suscribió un contrato de ejecución de obra con la compañía *WELLING*, S. A. que, al ser incumplido por ésta, fue resuelto. Al tomar posesión de la obra, la entidad *INMOBILIARIA M. B. M.*, S. A. observó que su estado no se correspondía con lo certificado, por lo que los arquitectos don J. O. M. y don J. T. V. realizaron un informe en el que se exponían los defectos de las labores ejecutadas. El informe del aparejador don A. G. C. acreditó una serie de errores aritméticos en las certificaciones de obra firmadas por los dos arquitectos anteriores y don J. M.º M. L. (aparejador.)

La entidad *INMOBILIARIA M. B. M.*, S. A. demandó a los tres arquitectos, al aparejador don J. M.º M. L., a la *ASOCIACIÓN DE SEGUROS MUTUOS DE ARQUITECTOS SUPERIORES (ASESMAS)*, a la entidad *AMAYA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS*, S. A. y a la compañía *WELLING*, S. A. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda por litispendencia y posteriormente, su sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial. La entidad *AMAYA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS*, S. A. y don J. M.º M. L. de una parte y don J. O. M. y don J. T. V. de otra, interpusieron recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia sigue la consolidada línea jurisprudencial del TS que señala que «cuando no sea posible discriminar la específica responsabilidad de los partícipes en el resultado dañoso final, sea el constructor, arquitecto o aparejador, la responsabilidad será solidaria» (FD 5.º) (*vid.* SSTS de 20 de junio de 1989, 13 de mayo de 1999 y 21 de febrero de 2000, entre otras).

El TS afirma en la sentencia que al firmar las certificaciones y equivocarse aritméticamente en las partidas se impidió que la demandante pudiera conocer el estado exacto de la obra, lo que incidió en el pago que ésta realizó a la compañía *WELLING*, S. A. (*M. C. L. J.*)

**37. Distinción entre el arrendamiento de servicios y de obra.**—La decisión cuestionada ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la obligación del arrendador para establecer la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obra, según la cual si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra (por todas, STS de 3 de noviembre de 1993).

**La responsabilidad establecida en el artículo 26 LGDCU es subjetiva y no surge si se observa que fue diligente el prestador del servicio.**—La responsabilidad aducida no surge si se producen los presupuestos del artículo 26 de la Ley expresada, y la sentencia de la Audiencia constata su presencia al declarar que «el guarda de la referida entidad codemandada cumplió adecuadamente sus funciones, ya que permanecía en el interior del hotel y estaba pendiente de los movimientos que pudiera haber en la puerta principal, controlando a las personas que, en la vía pública, estaban aparentemente discutiendo», y, asimismo, recuerda que, al tratarse de un contrato de arrendamiento de servicios, la prestación a que se obligaba la empresa demandada no consistía en garantizar el resultado en los términos convenidos, esto es: por una sola persona y durante las veinticuatro horas del día, aparte de que incumbía a la actora la demostración de que el vigilante no había obrado con la diligencia propia de su cometido y no ha podido acreditar que éste no estuviera cumpliendo adecuadamente su función, cuyas posiciones son aceptadas por esta Sala.

**La presencia de una infracción administrativa no es bastante para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa.**—No media causalidad entre el resultado dañoso alegado y la irregularidad en el cumplimiento de la normativa de ordenación de las empresas de seguridad privada, y, sobre este particular, procede traer a colación la doctrina jurisprudencial relativa a que la presencia de una infracción administrativa no es bastante *per se* para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, toda vez que se precisa la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad (entre otras, STS de 15 de abril de 1985), y a que toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad al agente de las causas que pudieren producirlos (aparte de otras, STS de 20 de febrero de 1953). (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sociedad demandante contrató un servicio de vigilancia en un hotel, en el que estaba realizando determinadas obras de remodelación. En ese contrato se estipuló que la vigilancia sería ejercitada por un único vigilante. Habiéndose producido posteriormente un robo, la demandante reclamó una indemnización de daños y perjuicios al empresario de seguridad y a la aseguradora de ésta, alegando que la obligación del primero era de resultado y se incluía dentro del ámbito del artículo 26 LGDCU, y que el vigilante no cumplía los requisitos exigidos por la normativa administrativa reguladora de las empresas de seguridad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando que el contrato era un arrendamiento de servicios y la obligación de la empresa de vigilancia era de medios o de actividad. Apelada

la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso en lo referente a la imposición de las costas, manteniendo los restantes pronunciamientos. El TS desestimó el recurso de casación, basándose fundamentalmente en que el demandante no había acreditado la existencia de negligencia en la prestación del servicio.

NOTA.—Acaso lo más interesante de esta sentencia sea que el TS no rechace la afirmación esgrimida por el recurrente, empresario encargado de intervenir en la remodelación de un hotel, consistente en tener la condición de *usuario*, a efectos de reclamar por los daños padecidos por la prestación de servicios prevista en el artículo 26 LGDCU. (*L. F. R. S.*)

**38. Existencia de préstamo usurario. Requisitos.**—Para que se incurra en la prohibición prescrita en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, ha de estarse en presencia de un contrato de préstamo, ha de haberse pactado el pago de un interés manifiestamente desproporcionado o «leonino» y ha de haber sido firmado el contrato forzado por una situación de angustia económica o inexperiencia.

**Incongruencia de la sentencia.**—El principio jurídico procesal de la congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia. Por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada. La armonía entre los pedimentos de las partes con la sentencia no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que lo complementen y precisen, o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en su probanza. Lo que se persigue es que el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

**Calificación de los contratos.**—La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación. Ésta es una facultad propia de los tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aun en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico. (**STS de 10 de noviembre de 2001**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*La Sociedad para el Desarrollo Industrial de Andalucía, S. A. (SODIAN)* y la mercantil *Alimentaria del Genil, S. A. (ALIGESA)* formalizaron en 1984 contrato de promesa de comprar y vender, mediante el cual *SODIAN* vendía a *ALIGESA* dos mil acciones representativas del capital social de *Mari Trini, S. A.*, de las que era titular *SODIAN*, venta que se efectuaría en cuatro plazos. En la cláusula cuarta del citado pacto se establece que el precio de la compraventa será el resultado de sumar al efectivo desembolsado por *SODIAN* para la adquisición de las acciones, el interés del catorce por ciento anual de dicha cantidad, que se devengará día a día a partir de la fecha de los desembolsos y hasta el momento del pago efectivo del precio.

Ante el incumplimiento de *ALIGESA, SODIAN* formula demanda en la que solicita que se obligue a la demandada al cumplimiento forzoso de la obligación de compra de las acciones establecida en el contrato por el precio pactado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta, declara perfecta la compraventa de las acciones de *Mari Trini, S. A.*, e impone a la demandada el cumplimiento de la obligación de comprar en la forma estipulada en el contrato, conforme al precio pactado más la tasa de actualización prevista. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

**39. Intereses retributivos y moratorios. El carácter usurario de los intereses pactados para un préstamo dinerario se establece comparándolos con los habituales en el tráfico y no con los intereses legales y teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la libertad contractual.**—La comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para supuestos como el presente, habida cuenta de que, según el artículo 2 de aquella Ley, los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, sin perjuicio de la vigencia del régimen general sobre prueba y de la distribución de la carga de la misma, cuya línea ha sido seguida por la sentencia de instancia, con una argumentación que es aceptada por esta Sala; en verdad, el interés remuneratorio del 17 por ciento pactado no era notablemente superior al normal del dinero en la época del contrato, sino que se encuadraba entre los que entonces se pactaban habitualmente en los préstamos bancarios, y los propios demandantes concertaron otras pólizas con diversas entidades bancarias con unos tipos remuneratorios similares a los que son objeto del litigio.

**La Ley de represión de la usura no se aplica a los intereses moratorios, sino a los retributivos o compensatorios que tienen una naturaleza diferente. La cláusula penal es una obligación accesoria y condicionada al incumplimiento de la principal, cuya función es tanto reparadora como punitiva.**—Tampoco la tesis expuesta en el párrafo precedente es aceptada en esa sede por efecto de que los intereses de demora pactados en este caso son semejantes a los establecidos en Bancos y Cajas de Ahorro por aquel tiempo, y, además, según reiterada doctrina jurisprudencial, la pena pactada, para que sea viable, requiere que se derive del incumplimiento de una obligación principal (STS de 18 de mayo de 1963), amén de que la cláusula penal es una promesa accesoria y condicionada, que se incorpora a la obligación principal con doble función reparadora y punitiva (STS de 7 de julio de 1963), cuya finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986); y corresponde señalar que un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de represión de la usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equi-

tativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.

En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.

**Dada la importancia de su patrimonio, no puede estimarse que la voluntad de los prestatarios estuviera condicionada por su angustiada situación económica.**—De una parte, ya quedó descartado que los intereses fueran manifiestamente desproporcionados y, de otra, obra probado en autos que, entre otros hechos, los integrantes de la parte recurrente desarrollaban una importante actividad económica, tenían un patrimonio de, aproximadamente, trescientos millones de pesetas (300.000.000 de pesetas), habían invertido importantes cantidades en Marruecos para una nueva explotación agrícola mediante el arrendamiento al Estado marroquí de una finca de 600 hectáreas, iban a utilizar el dinero del préstamo en actividades económico-empresariales con fines de obtener importantes beneficios y, tal reconocen en la absolución de posiciones, a su vencimiento eran dueños de fincas rústicas suficientes para hacer frente al pago del capital facilitado, de lo que se deriva que contrataron libremente con la *Caja Rural de Sevilla* y sin que su voluntad estuviera condicionada por una situación económica angustiada.

**La casación no es una tercera instancia, de modo que, salvo en circunstancias excepcionales no concurrentes en el caso, no puede volverse en ella sobre el *factum* de la sentencia de apelación.**—La recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia. (STS de 2 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Los beneficiarios de un préstamo concedido por una entidad de crédito pretenden la declaración de nulidad del contrato por el carácter usurario de los intereses establecidos, tanto los retributivos, como los moratorios. El Juzgado rechaza la demanda y su sentencia es confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia. Interpuesto el recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

**40. Transacción. Concepto.**—Mediante la firma de un acuerdo de transacción se trata de dirimir una controversia existente entre las partes sin necesidad de que las juzgue un órgano jurisdiccional. No es necesario que haya

equivalencia ni igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hacen las partes en los contratos de transacción, y ni siquiera se exige, que estas concesiones tengan que ser de orden económico. El contrato de transacción supone «concesiones mutuas, teniendo como móvil la solución de un conflicto, lo que puede determinar la desigualdad en las concesiones y la evitación de perjuicios que le acarrearía la promoción del pleito para la satisfacción de su legítima pretensión» (FD 2.º).

Puede suceder que la situación de tensión, colisión o discrepancia pueda confundirse con intimidaciones, no existiendo tales, debido a que las mismas han de obedecer a causas externas al contrato, no constituyen intimidaciones las que nacen de las mismas relaciones contractuales y dan lugar, a que las partes, para poner fin a ellas, acudan a la vía transaccional. (STS de 30 de junio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Betón Catalán, S. A.* celebró un contrato transaccional con *Cementos Ceminter, S. A.*, en el momento de la firma, la primera sociedad le entregó a la segunda dos cheques por importe de 175.827.265 pesetas y 2.359.884 pesetas para el pago de deudas vencidas y exigibles a cambio de la cantidad de 50.723.847 pesetas que se compensaba y representaba un crédito aún no vencido. *Cementos Ceminter, S. A.* demanda a *Betón Catalán, S. A.* solicitando la nulidad parcial del contrato celebrado, argumentando que el contrato suponía un manifiesto desequilibrio económico que había sido aceptado bajo la influencia de intimidación y de dolo que anulaba su voluntad negocial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la sentencia; ante lo cual se presentó recurso de casación.

**NOTA.**—La sentencia anotada sigue la reiterada línea jurisprudencial del TS que señala que «no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones» y que incluso «las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico» (vid. SSTS de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993, 8 de julio de 1999 y 20 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia ha declarado que «toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida» (vid. SSTS de 20 de abril de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 29 de julio de 1998).

En esta sentencia, el TS resalta la idea de que «el estado financiero de *Cementos Ceminter, S. A.* es incompatible con una crisis o estado de necesidad, que hubiera justificado la aceptación de los pactos leoninos conforme a la tesis de la demanda». (FD 3.º). (M. C. L. J.)

**41. Arbitraje. Contrato de compromiso.**—La Ley de arbitraje, de 22 de diciembre de 1953, distinguía entre compromiso arbitral y cláusula compromisoria o estipulación por la que se obligan las partes a instituir el arbitraje en el caso de que existan conflictos en una determinada relación jurídica.

Sin embargo, la Ley de arbitraje, de 7 de diciembre de 1988, suprime la distinción y regula una única figura que es el convenio arbitral.

El contrato de compromiso de arbitraje puede ser tanto un contrato independiente, como una cláusula inserta en otro contrato. Para que el contrato preliminar de arbitraje tenga efectividad es necesario que la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipe a la acción judicial poniendo en marcha el mecanismo de arbitraje.

En cuanto a la forma, el contrato de compromiso tiene que formalizarse necesariamente en escritura pública, sin que el extendido en documento privado tenga otra eficacia que permitir a las partes compelerse para la formalización judicial. En el caso de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad o no hubieran formalizado espontáneamente lo convenido otorgando escritura pública, queda sin efecto lo pactado. (STS de 19 de junio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes realizaron un contrato de compromiso en documento privado por el que acordaban que para el caso de que existieran futuras controversias en los tres contratos privados que habían celebrado (con fecha de 6 de junio de 1983, 29 de noviembre de 1985 y 14 de enero de 1986) se someterían a arbitraje y se obligaban a elevar el contrato de compromiso a escritura pública. Sin embargo, el compromiso no es formalizado y posteriormente, la entidad *Sociedad Cooperativa Hacienda El Carmen* promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que solicitaba que se declarase la obligación solidaria del arquitecto, aparejador y empresas *Ocisa* y *Guvasa* fundada en el artículo 1591 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

**NOTA.**—La jurisprudencia del TS ha manifestado que «la excepción de incompetencia de jurisdicción (recogida en el art. 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, ley aplicable en este supuesto) solamente es invocable cuando las partes hubieran formalizado el compromiso o se hallara el mismo pendiente de formalización ya pedida e iniciada, pero no con base en un mero contrato preliminar de arbitraje». Por este motivo, el TS entiende que en este supuesto no hay un abuso en el ejercicio de la jurisdicción por venir atribuido el conocimiento de la cuestión a la jurisdicción arbitral. (M. C. L. J.)

**42. Extinción de la fianza pactada por concesión de prórrogas sin consentimiento del fiador ex artículo 1851 CC.**—Al concederle prórrogas el acreedor al deudor para la entrega del material convenido, teniendo como finalidad otorgarle un tiempo posterior al pactado para la observancia de la obligación garantizada, el fiador tenía que haber consentido expresamente, exigencia que no se tuvo en cuenta, lo que impide la tutela del artículo 1851 CC (FD 3.º).

**Resolución del contrato de ejecución de obra por incumplimiento del arrendador.**—La voluntad de incumplir se revela por la prolongada inactividad o pasividad del deudor, «bastando con que se frustren las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz persistencia obstativa al incumplimiento» como ha reiterado la jurisprudencia. (STS de 20 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Televisión Española, S. A.* y una productora firman un contrato el 31 de diciembre de 1987 por el que ésta se obliga a la entrega de una serie televisiva. El 21 de enero de 1988 se suscribe un contrato de fianza con el *Banco Urquijo Unión, S. A.* para el caso de que la productora tuviera que devolver por incumplimiento contractual la suma que como adelanto del precio le había dado *Televisión Española, S. A.* a la productora. Tras concederle tres prórrogas a la productora, *Televisión Española, S. A.* requiere la resolución del contrato por incumplimiento contractual y demanda a la productora y al *Banco Urquijo*. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda reclamando el pago de la suma anticipada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la productora y estima el interpuesto por el *Banco Urquijo Unión, S. A.* dejando sin efecto la condena a éste. La productora de una parte y *Televisión Española, S. A.* de otra, interponen recurso de casación.

**NOTA.**—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada línea jurisprudencial del TS que considera que la simple prórroga del *termino solutionis* es bastante para desencadenar el efecto previsto en el artículo 1851 CC y ha aclarado que «la mera pasividad del acreedor en la exigencia del pago, una vez devenida exigible la obligación no comporta concesión de prórroga al deudor», ya que, para que haya prórroga, es necesario la existencia de «actos inequívocos distintos de la mera tolerancia en percibir con retraso el pago de lo debido» (*vid.* SSTS de 11 de noviembre de 1981 y 30 de diciembre de 1997, entre otras).

En la sentencia anotada, podemos observar que ha habido incumplimiento resolutorio por parte de la productora tanto durante el plazo originariamente pactado, como durante las prórrogas concedidas al incumplir la obligación primaria de entregar la serie televisiva.

En algunas sentencias, el TS ha justificado el artículo 1851 CC argumentando que la extinción de la fianza viene determinada «por la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (*res inter alios acta*), sin trascendencia a quien no ha sido parte del contrato, así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1256 CC» (*vid.* STS de 8 de octubre de 1986). (*M. C. L. J.*)

**43. Culpa extracontractual: responsabilidad civil de Comunidad Autónoma por hechos ocurridos en centro escolar de su titularidad: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.**—En relación con el derecho transitorio hay que poner de relieve la dificultad de señalar la línea divisoria entre los supuestos de los artículos 40 y 41 LRJAE 1957, lo que explica la consolidación de las doctrinas invocadas sobre *vis* atractiva de la jurisdicción civil y evitación del peregrinaje jurisdiccional. Así de acuerdo con la doctrina contenida en SSTS de 2 de febrero de 1996, 22 de diciembre

de 1999 y 7 de marzo de 2001, se diferencian dos supuestos: *a*) cuando la Administración actúa en funciones típicas de la soberanía del Estado, revestida de *imperium*, su responsabilidad patrimonial se exigirá ante la jurisdicción contencioso-administrativa; *b*) cuando la Administración, actúe o no con *imperium*, es demandada conjuntamente con una persona privada, existiendo un vínculo real, no ficticio de solidaridad entre ambos, se impone la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. En el supuesto ahora contemplado, la Administración demandada no actuaba revestida de imperio, y lo fue conjuntamente con una persona privada, como era el director del colegio en que ocurrieron los hechos, al que se imputaba una conducta negligente en el ejercicio de sus funciones y en relación de solidaridad con la Administración, pese a lo cual aquél fue absuelto por la Audiencia Provincial. Por todo ello procede desestimar el motivo y declarar la competencia de la jurisdicción civil. (STS de 19 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba del daño moral causado a un menor por una agresión sexual dentro del Centro docente, demandándose conjuntamente al director del centro y a la Comunidad Autónoma de la que dependía el Centro; el Juzgado de Primera Instancia se declaró incompetente, pero la Audiencia Provincial absuelve al primero, condenando a la Comunidad Autónoma; el TS estima el recurso y condena a aquélla. Cabe poner de relieve, la gran tenacidad con que, para situaciones de derecho transitorio, la Sala 1.ª del TS está manteniendo su competencia en reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual contra las Administraciones Públicas, con argumentos basados en la *vis atractiva* de aquélla, y por economía procesal para evitar el *peregrinaje de jurisdicciones*. Un supuesto similar es el resuelto por STS de 10 de abril de 2000 (extractada en ADC, 2000, p. 1306 y s., con nota de G.G.C.) (responsabilidad del Ministerio de Educación y Cultura por lesiones graves causadas a un escolar durante el recreo, declarándose además la negligencia de los profesores que lo vigilaban). Con el transcurso del tiempo, tales casos de competencia transitoria de la Sala 1.ª se ratificarán. (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: indemnización civil por accidente laboral: evolución de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS: fundamento de la competencia civil.**—Hay que reconocer el alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso del mismo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél. Así al dictarse el 5 de mayo de 1996 la sentencia de la Audiencia Provincial, esta Sala 1.ª declaraba por regla general la competencia del orden jurisdiccional civil, pero la Sala Especial prevista en el artículo 42 LOPJ para resolver los conflictos de competencia entre órganos de dicho orden civil y del orden jurisdiccional social, en cambio, ya había dictado los dos Autos que resolvían el conflicto a favor del orden jurisdiccional social. La problemática de la cuestión siguió manifestándose cuando varias sentencias de esta Sala, situadas aproximadamente en el tiempo entre la fecha de la sentencia recurrida y la que ahora se dicta, optaron decididamente por declarar la competencia del orden jurisdiccional

social (así SSTS de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 24 de octubre de 1998). Finalmente, desde argumentos de distinto orden se ha retornado a la línea de afirmar la competencia civil (SSTS de 30 de noviembre y 10 de abril de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de junio y 2 de julio de 2001), pero no sin el matiz de que para ello la acción ha de fundarse en los artículos 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social (así SSTS de 11 de febrero, 26 de mayo y 12 de junio de 2000). Queda de manifiesto que la trayectoria de esta Sala no ha sido rectilínea y, con ello, que la solución adoptada por la Audiencia Provincial no sólo entra de lleno en lo razonable, sino que incluso quedaría refrendada por las citadas sentencias de esta Sala dictadas desde finales de 1997 hasta mediados de 1998. No obstante, los recursos ahora examinados deben ser resueltos en coherencia con el criterio adoptado después y mantenido hasta la actualidad, por lo que fundadas las demandas en los artículos 1902 y 1903 CC debe concluirse que la competencia corresponde al orden civil. Adviértase que en esta materia no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista, que no es sino manifestación de un problema de mayor calado, consistente en que la normativa laboral no conduce por sí sola a la reparación íntegra del daño, ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad por culpa del empresario, recargo también tasado y cuya naturaleza jurídica (sancionadora o reparadora) es objeto asimismo de viva polémica; de ahí que, siendo hoy patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día, resulte aconsejable mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC.

**Complementariedad de indemnizaciones: requisitos para ejercitar la acción civil.**—La jurisprudencia que está siguiendo la última orientación en la materia (así SSTS de 18 de noviembre de 1998 y 21 de julio de 2000), precisa que el tratamiento civil deberá analizar cuidadosamente la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, señaladamente el autor de la falta, la culpa y la relación de causa a efecto, y que, siendo una acción complementaria, no siempre será aplicable, ni la teoría de la creación de riesgos, o de la inversión de la carga de la prueba, como tampoco tendrá plena acogida la negligencia profesional, y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso; para fijar la cuantía de la indemnización civil se considera correcto computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados.

**Estimación del recurso y devolución a la Audiencia Provincial.**—Aunque esta Sala tiene declarado al respecto, que si el motivo estimado se funda en el defecto de jurisdicción, el propio órgano de casación debe asumir la instancia y resolver el fondo (así SSTS de 19 de enero de 1999 y 23 de octubre de 2000), sin embargo el caso examinado presenta importantes peculiaridades que aconsejan devolver las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que éste se pronuncie con libertad de criterio en el fondo sobre los recursos de apelación interpuestos en su día por todas las partes, ya que al estimar la incompetencia de jurisdicción, alegada por vez primera por el demandado en el acto de la vista, se produjo un vacío prácticamente total en cuanto a la ape-

lación de las restantes partes, con posibilidad, incluso, de celebrar nuevamente aquélla. (STS de 8 de octubre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia. (Pte.: Marín Castán) que expone con claridad meridiana el criterio que actualmente mantiene la Sala 1.ª respecto de su propia competencia en materia de responsabilidad civil por accidentes laborales, sin ocultar palmarias contradicciones anteriores, y añadiendo una razonable explicación de los motivos que avalan el cambio jurisprudencial producido en el transcurso de pocos años (probablemente, para prevenir y salir al paso de un eventual recurso de amparo). La contradictoria jurisprudencia de la Sala 1.ª en la materia se puso ya de manifiesto en esta sección del ADC (v. amplia anotación de G. G. C., 2000, pp. 775-778, centrada en las consecuencias operadas en la jurisprudencia como consecuencia de los AA de 1993 y 1994 de la Sala de Conflictos). El cuadro descrito en la sentencia extractada podría todavía completarse: así, a favor de la jurisdicción social la STS de 23 de julio de 1998 (en ADC, 2000, p. 347 s., y nota de G. G. C., y la STS de 11 de febrero de 2000 (en ADC, 2001, p. 1297); a favor, en cambio de la jurisdicción civil —siempre más numerosas— la STS de 13 de julio de 1998 (extractada en ADC, 2000, p. 347 s. y nota de G. G. C.); la STS de 18 de noviembre de 1998 (en ADC, 2000, p. 772); la STS de 30 de noviembre de 1998 (en ADC, 2000, p. 1270 s., y nota de G. G. C.). En tanto no se produzca un cambio legislativo considero bastante probable que la Sala 1.ª mantenga esta última dirección jurisprudencial, sin perjuicio de que las jurisdicciones inferiores, con alguna frecuencia, puedan mantener eventualmente la contraria. (G. G. C.)

**45. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: competencia civil.**—El núcleo de la presente cuestión tiene por base concreta un accidente laboral con resultado de muerte, y la viuda, con apoyo en los artículos 1902 y 1903 CC, exige la procedente indemnización en razón a una culpa extracontractual; el auto que se declaraba incompetente por no atañer a la jurisdicción civil el conocimiento de la demanda y sí a la del orden social, no puede ni debe ser mantenido, ya que tal posición pugna con la reiterada jurisprudencia de esta Sala relativa a procesos coetáneos que sostiene la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil, puesto que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los aludidos preceptos del Código civil reguladores de la culpa extracontractual, sino que admite su vigencia al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil; las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que se originan de diferente fuente de obligaciones. La STS de 8 de octubre de 1984 establece que la jurisdicción civil no viene vinculada a la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo.

**Estimación del recurso: devolución de los autos al tribunal de apelación.**—A tenor del artículo 1715, 1.1.º LEC no será esta Sala la que, asu-

miendo la instancia, resuelva el fondo del asunto, ya que ello significaría un ataque a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al privar a los contendientes de la segunda instancia, correspondiendo al Tribunal *a quo* definir y resolver la cuestión de fondo, en la fase correspondiente de apelación, trámite del que se privó a las partes al apreciar una falta de competencia no correcta. (STS de 28 de noviembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Doctrina coherente con la nueva orientación jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> en relación con el tema, tal como se explica en la STS de 8 de octubre de 2001, extractada y anotada en este ADC. (G. G. C.)

**46. Culpa extracontractual: práctica de deportes de riesgo (*rafting*): calificación contractual o extracontractual: irrelevancia en este caso de una u otra.**—Las circunstancias concurrentes demandan, según la técnica doctrinal dominante, tratar el tema controvertido con arreglo a la normativa de la responsabilidad contractual, y más concretamente dentro de los deberes secundarios de protección (*Schutzpflichten*) que en nuestro Código tienen un sólido fundamento en el artículo 1258 —principio de la buena fe como contenido integrador del contrato—, aunque algún sector doctrinal vea también su soporte, si bien ya sólo en la perspectiva del deudor, en la exigencia de la diligencia debida (art. 1104 CC). Ahora bien, el hecho de que la resolución recurrida haya resuelto el pleito en sede de culpa extracontractual, y en la misma línea venga configurado el recurso de casación, no plantea trastorno alguno desde el punto de vista procesal, porque en la demanda se ejercitaron, en forma subsidiaria, las dos acciones, y por otro lado, dadas las circunstancias del caso, no resulta relevante la aplicación de uno u otro régimen jurídico. Por ello, y porque la materia de los deberes de protección y seguridad y su deslinde del desarrollo anormal del contrato todavía es tema novedoso y no totalmente pacífico, y asimismo, porque tampoco hay una jurisprudencia anterior unitaria, y en el propósito —exigencia— de dar respuesta a la pretensión ejercitada, en sintonía con la efectividad de la tutela judicial, la argumentación que se expondrá contempla especialmente el litigio desde la óptica extracontractual.

**Muerte de participante en práctica de *rafting*.**—El fallecimiento se produce con ocasión del desarrollo de una prueba o práctica deportiva de *rafting*, consistente en el descenso de una embarcación por las aguas bravas de un río; la víctima es un joven de veintidós años de edad, muy aficionado a las actividades acuáticas y conocimientos de submarinismo, concertó con la entidad LUR, su intervención en una prueba de esta clase, encargándose la sociedad del desplazamiento desde Bermeo (Vizcaya) a la provincia de Zaragoza así como la organización de la actividad, tanto en lo que se refiere a los elementos materiales, como personales. El accidente se produjo en un punto del río Gállego, término municipal de Murillo del Gállego, conocido como «Paso del Embudo», desfiladero de especial dificultad, y en el que la balsa neumática que portaba a los ocho participantes y al monitor, quedó encallada en una roca; éste dio orden a todos los tripulantes de que pasaran a popa con el fin de que, al producirse una mayor presión en la parte trasera, pudieron actuar a modo de palanca o contrapeso respecto a la parte delantera, y seguidamente, mediante un impulso brusco con un pie sobre una roca, consiguió liberar a la embarcación, la cual debido a la fuerte corriente se balanceó, cayéndose tres

pasajeros al agua, y si bien dos fueron recogidos en piraguas de apoyo, no fue posible hacerlo con la víctima, pese a que el monitor trató de elevarlo a la balsa agarrándolo por una mano. La muerte no se produjo por ahogamiento, sino por una contusión que hace suponer que sufrió un fuerte golpe con una roca.

**Responsabilidad de la empresa organizadora y del monitor: ausencia de culpa en ambos.**—No se advierte qué es lo que se dejó de hacer que, efectuado, pudiera haber evitado el resultado lesivo, salvo la no realización de la actividad; se da un supuesto claro de ausencia de culpa, pues no puede culparse al monitor que al caer fortuitamente el accidentado se golpeará la cabeza con una piedra en una roca, produciéndose la muerte por traumatismo cráneo-encefálico. No se observa ninguna deficiencia en la organización de la actividad; la víctima conocía todo lo relativo a medidas de seguridad pues no era la primera vez que hacía *rafting* y, en particular, conocía el punto concreto del accidente, y la hipotética inexperiencia de los demás no consta que incidiera en el desarrollo causal; en el material empleado no se aprecia el mínimo descuido; la balsa o lancha era totalmente adecuada para la actividad, y gozaba de todos los elementos de seguridad; el material de protección individual era de primera calidad; el equipo de apoyo es el que rescató a los otros dos tripulantes caídos de la embarcación; ciertamente el punto en que se produjo el evento es peligroso, pero entendido ese peligro como mayor dificultad técnica y que no excede de la que suele haber en descensos de este tipo y que han de sortear los participantes, tratándose de un lugar conocido y de habitual paso para los que realizan descensos. No cabe hacer ningún reproche a la maniobra de desencallamiento de la balsa ordenada por el monitor. La ausencia de culpa, incluso en su mínimo grado de levísima, excluye la imputación subjetiva.

**Asunción de riesgo por la víctima.**—Se trata de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado, no concurriendo en los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. (STS de 17 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un nuevo sector de producción de daños, constituido por las actividades deportivas de alto riesgo, respecto del cual la doctrina apenas ha profundizado (no se ocupa específicamente de ello M.<sup>o</sup> del Rosario Díaz Romero, «La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas», *ADC*, 2000, p. 1483 ss.) y la jurisprudencia del TS resulta más bien escasa. En el FD 4.<sup>o</sup> se invoca la STS de 22 de octubre de 1992, referente a las lesiones sufridas con ocasión del juego de pelota a pala, con pérdida de la visión de un ojo (extractada en *ADC*, 1994, p. 500, nota G. G. C.; y comentario de Cavanillas Múgica, en *CCJC*, núm. 30, p. 439 ss.); pero se trata de un deporte que no constituye una novedad pues ha sido practicado de antiguo en el País Vasco y Navarra principalmente. En cuanto a la STS de 20 de marzo de 1996 (accidente durante la práctica de esquí en Sierra Nevada), en atención a las circunstancias (pista con cierta dificultad, con nieve dura como la de primavera, en una estación carente de toda vegetación), el TS considera que «comporta la creación de un riesgo por parte del esquiador de elevadísimo grado», desestimando el recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó toda indemnización.

zación al lesionado. Alguna mayor novedad aparece en el caso resuelto por la STS de 20 de mayo de 1996 (colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano, con resultado de muerte de uno de los pasajeros, y se declara la responsabilidad por conducir a velocidad excesiva según las circunstancias); y también la STS de 14 de abril de 1999 (accidente en caso de aprendizaje de parapente). Todavía cabría añadir la STS de 18 de marzo de 1999 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1719 s, nota G. G. C.) en un caso curioso en que el accidente se produce por utilizar pista no dedicada a esquiar; y la S de 10 de junio de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en que se reclama y otorga indemnización por lesiones causadas al montañero que participó voluntariamente en tareas de rescate. Me parece que la sentencia ahora extractada (Pte.: Corbal Fernández), asumiendo algunos elementos de la jurisprudencia expuesta, realiza un ejemplar tratamiento del tema, basado en un análisis minucioso de los hechos y de la posible responsabilidad de la entidad organizadora de la actividad deportiva de riesgo, y del monitor, proporcionado por aquélla. Cabría, por tanto, concluir que quien participa voluntariamente en tales actividades deportivas de gran peligrosidad (*rafting*, *puenting*, *surfing*, escalada, submarinismo a grandes profundidades etc.) asume los riesgos inherentes a las mismas, sin que pueda invocar la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad por riesgo cuando se trata del habitual y normal en tal tipo de actividad; pero subsiste un deber accesorio de la entidad organizadora de informar debidamente a los participantes sobre tales riesgos. Tal información parece, sin embargo, faltar en el caso de los frecuentes accidentes de motos náuticas, incluso con resultado de muerte, que se están dando en nuestras playas mediterráneas. En el caso resuelto, el TS realiza una integración del *factum*, de la que resulta que la víctima era aficionada y conocedora del riesgo ínsito en la actividad voluntariamente asumida; por otro lado, se prueba la actuación diligente, tanto de la organización, como del monitor. La conclusión exoneratoria de responsabilidad parecía bastante clara.

También resulta correcta la consideración inicial de la sentencia en torno a la irrelevancia del enfoque contractual o extracontractual del hecho, partiendo de la acumulación alternativa de ambas acciones en la demanda inicial. La jurisprudencia es muy abundante a este respecto (véase la STS de 24 de julio de 1998, *ADC*, 2000, p. 348 s., con nota de G. G. C.). En cambio se estima una *mutatio libelli*, en el caso resuelto por la STS de 3 de mayo de 1999, (en *ADC*, 2001, p. 473). No se plantean, en el caso de la sentencia extractada, problemas de prescripción de la acción, ni tampoco de la carga de la prueba. (G. G. C.)

**47. Culpa extracontractual: lesiones al descargar uva en locales de cooperativa: doctrina del riesgo: concurrencia de culpas.**—Según STS de 25 de junio de 2001, existe ya una doctrina jurisprudencial que puede considerarse consolidada, que establece la tesis del riesgo acreditado, preexistente

y concurrente, que en línea cuasi-objetiva, minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba. En casos como el presente se recoge la sabia tuteladora de aquella teoría a favor de quienes resultan damnificados cuando por razones de presencia accidental o pactada —como ocurre en este caso, a propósito de una entrega de uva—, se hallan dentro del propio círculo de actividad empresarial de la imputada, quien, en su objetivo lícito de obtención de lucro, despliega un complejo mecanismo de circunstancias en su explotación, a cuyas resultas se produce el ilícito dañoso que, por supuesto, ha de imputarse a aquella actividad —salvo en casos extremos de probanza de no riesgo, o de exclusiva negligencia del así dañado—, cuya reparación viene a funcionar, acaso, como un elemento compensador de ese lucro en pos de la defensa de los intereses de las víctimas así dañadas, acorde con apotegmas clásicos tales como *ibi emolumentum, ubi onus*.

**Concurrencia de culpas en la producción del daño.**—En el suceso concurren dos causas conjuntas: la caída de la trampilla por acto voluntario del perjudicado, y, fundamentalmente, el mal estado de la plataforma receptora por el descuido en su conservación por parte de la cooperativa demandada. Es doctrina de esta Sala que, en estos casos, debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad, salvo que se produzca culpa exclusiva de la víctima; en otro caso hay que distribuir proporcionalmente el *quantum* indemnizatorio, siendo competencia discrecional del Juzgador la facultad de moderar la responsabilidad, según el artículo 1103 CC. (STS de 17 de octubre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Por un lado, sorprende que ambas sentencias de instancia desestimaran la demanda de indemnización con base en falta de prueba de la última causa productora de las lesiones sufridas al descargar la uva, aplicando una interpretación estricta de los requisitos establecidos en el artículo 1902 CC. Por otro, resulta ejemplar la acertada descripción de la responsabilidad por riesgo (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez), doctrina, cuya aplicación, parece, sin embargo, ser objeto de interpretación restrictiva en la última jurisprudencia (así STS de igual fecha sobre un caso de muerte ocurrida en práctica de *rafting*) En el caso de la sentencia extractada, no se aclara, en particular, si el lesionado es miembro de la cooperativa, en cuyo caso el daño habría que enjuiciarlo en el seno de las relaciones internas de aquélla, o, por el contrario, si se trataba de un mero vendedor de uva a ésta. Con acierto el FD 5.º establece que la entrega de la uva requiere una serie de actos previos en el tracto prestacional, pues el espacio o terreno donde se recibe el género debe encontrarse en buen estado de mantenimiento a cargo de la cooperativa; lo que no ocurrió en este caso. Se cifra en el 85 por ciento la responsabilidad de la cooperativa, y el 15 por ciento restante se atribuye al propio lesionado. Con todo, no queda claro cómo hubiera debido proceder el lesionado para exonerarse de responsabilidad: ¿abstenerse de quitar la trampilla

de su vehículo hasta que actuaran los empleados de la cooperativa?, ¿comprobar previamente en persona el estado de las instalaciones? Probablemente hay una actuación habitual de buena fe entre las partes, reiterada cada año en el momento de entregar la uva al final de cada cosecha. Quizá por ello el TS ha buscado una solución de equidad, que es de aprobar, sobre todo en la calificación de los hechos como responsabilidad por riesgo. (G. G. C.)

**48. Culpa extracontractual: lesiones causadas al obrero que descarga planchas de acero: falta de prueba.**—Según la sentencia de apelación no se sabe con exactitud cuáles fueron las causas del accidente, ni el propio actor conoce cuáles pudieron ser sus causas; no se sabe si fue debido al uso de cables redondos al sujetar las planchas a la grúa, que aunque no los más óptimos, son los que normalmente se usan para el trabajo que estaban realizando, o por la clase de ganchos que usaron para la descarga; si se debió al hecho de permanecer indebidamente en la caja del camión el lesionado, o si fue por estar la plancha mal enganchada, habiendo realizado el enganche el actor, o porque éste tratara de corregir el enganche dándole a la plancha con un palo; todo lo cual hace ignorar la causa del accidente. La Inspección de Trabajo no apreció infracción de las normas de seguridad e higiene; la prueba pericial estima que sin ser óptima la utilización de cables redondos, es el que suele utilizarse en tales trabajos; en cualquier caso, ninguno de los operarios debía permanecer en la zona sita debajo de las planchas durante la maniobra del izado y bajada de las mismas por la grúa; también es de significar que el lesionado poseía amplia experiencia en los trabajos metalúrgicos, tenía la cualidad de oficial de segunda y era el encargado y único responsable de la empresa de transporte, en la actividad desplegada, por lo que era de su responsabilidad prevenir en su caso el hipotético descuido que denuncia.

**Responsabilidad de la empresa titular del camión-grúa y del conductor de éste: inexistencia.**—Ni la instalación, ni el funcionamiento de la grúa incidieron en el desencadenamiento del evento; no se han probado las irregularidades denunciadas por el lesionado, las cuales, en su caso, tendrán la consideración de meras infracciones administrativas. Tampoco cabe atribuir al conductor del camión ninguna acción ni omisión que haya incidido en la generación o contribuido a la producción del resultado lesivo.

**Inaplicación de la teoría del riesgo.**—En todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción; no basta que las lesiones se hayan producido por la caída de la plancha izada por una grúa, dada la participación que en la maniobra tenía el lesionado. En otros casos de daños causados por una grúa (SSTS de 8 de junio de 1989, 28 de febrero de 1992, 13 de noviembre de 1993, 15 de febrero y 17 de julio de 1995) hay una acción u omisión trascendente causalmente atribuible a personas físicas o jurídicas, lo que no ocurre en el caso de autos. (STS de 6 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Conviene advertir que aunque se trata de reclamar una indemnización por accidente laboral, en ninguna instancia se ha planteado la excepción de incompetencia de jurisdicción. De aplicarse la doctrina que últimamente viene prevaleciendo en la Sala I.ª, en el caso no se da, ni se invoca, infracción de las medidas de seguridad en el trabajo, sino que la demanda se fundamenta

exclusivamente en la normativa civil. Se estaría, por tanto, de un caso claro de competencia civil. El argumento que parece ha sido el decisivo en la sentencia (Pte.: Corbal Fernández) para desestimar la pretensión de una elevada indemnización (que supera los veintinueve millones y medio de pesetas) radica en la falta de prueba de la relación causal productora del daño. No deja de sorprender la invocación de este motivo desestimatorio porque parece, más bien, que se está en presencia de una responsabilidad *in re ipsa*, siendo evidente que el daño se produce con motivo y ocasión de la prestación del trabajo, sin que deje de haber cierta contradicción en la argumentación de la sentencia extractada pues, de una parte, se afirma que se ignora la génesis del accidente, y, por otro, se vienen a destacar hechos que implican un actuar culposo del lesionado (permaneció en la caja del camión mientras se desarrolló la operación, intervino para rectificar la colocación de la pieza) o bien, se le convierte en obrero muy experimentado en tales trabajos, o, simplemente, en obrero-gestor de la empresa transportadora. ¿Ha comenzado el declive –jurisprudencial–, de la responsabilidad por riesgo? (Una reciente formulación en la STS de 17 de octubre de 2001, extractada en este *ADC*; anteriormente, por la STS de 29 de abril de 1999, *ADC*, 2001, p. 477; aplicación de la responsabilidad por riesgo a un accidente de trabajo en la STS de 15 de abril de 1999 en *ADC*, 2000, p. 477 s., con referencia a jurisprudencia anterior). En la sentencia extractada se minimizan las infracciones administrativas en que, al parecer, incurrió la empresa del camión-grúa; sin embargo, la STS de 11 de junio de 1998 destaca que tales empresas quedan sujetas a severas reglamentaciones administrativas (extractada en *ADC*, 2000, p. 366 ss. con nota de G. G. C.). Cabría concluir que si en todos los casos de reclamación civil por accidente laboral, echamos el *onus probandi* sobre los hombros del lesionado, podemos llegar a vaciar de contenido la responsabilidad civil del empresario por estos desgraciados hechos. (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual; responsabilidad civil por hecho ajeno: daños causados en finca ajena por obras de urbanización: relación de dependencia del artículo 1903 CC: responsabilidad del Ayuntamiento: culpa in vigilando.**—La relación de dependencia, presupuesto del artículo 1903 CC, no ha de ser necesariamente laboral, pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos cuales los de arrendamiento de obras y servicios y de bienes, y concurre siempre que se haya reservado, o le corresponda a la entidad a quien se atribuye la culpa *in vigilando* la vigilancia, intervención, control o cierta dirección en los trabajos, efectuados o a efectuar, por el agente causante del daño, o empresa a que éste pertenece o para quien actúa, y que el acto lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable. (STS de 2 de noviembre de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

**50. Culpa extracontractual: lesiones causadas por toro bravo escapado del encierro: prueba: culpa exclusiva de la víctima.**—Hay que excluir la pretendida estampa familiar que es interrumpida por un toro bravo, escapado de un festejo, y contemplar la realidad del demandante que conduce su

furgoneta y se traslada al lugar en donde se encuentra la res, y donde reconoce que vio a la misma y en un descuido le corneó; el tema no es de presunción sino de interpretación documental; si el actor y recurrente admite y reconoce que fue al lugar donde se encontraba el toro escapado, conduciendo su furgoneta y que paró, y en un descuido le corneó, no ofrece duda que estaba lo suficientemente próximo a la res para que ello aconteciese; tal conclusión no es ilógica sino racional.

**Inaplicación del artículo 1905 CC.**—Si la sentencia *a quo* recoge que el daño y lesiones se debieron a la culpa exclusiva del que sufrió el daño, y el artículo 1905 CC no habla siquiera de culpa exclusiva, sino que hace bastante la culpa del paciente del daño, no puede decirse que tal precepto haya sido conculcado, ni siquiera por interpretación errónea. Incluso prescindiendo del tema culpabilístico, y atendiendo a la sola causalidad, no ofrece duda que las lesiones padecidas por el recurrente encuentran su causa directa y eficiente en su actitud de acudir con su vehículo al lugar en que se encontraba un animal peligroso para verle, y se baja del coche y se sitúa en su proximidad, y le cornea en un descuido. No se puede buscar la causa en sucesos remotos, y hacer responsables a ganaderos por criar tales animales, hay que atender a la causa próxima, a la conducta del demandante que, sin razón, ni necesidad alguna, acude al lugar, muy lejano, donde se encuentra el toro escapado, hasta el punto de tener que utilizar su vehículo, e, incluso, acceder a una zona de árboles o alameda en que su furgoneta no tiene acceso, y se acerca para verlo y se descuida.

**Diligencia del empresario taurino: riesgo creado por la víctima.**—El empresario taurino codemandado empleó la diligencia debida para controlar el animal, una vez que la res se detuvo en la alameda, al punto que allí fue sacrificada más tarde; lo que ya escapa a todo el control de la diligencia del empresario es que la gente acuda en vehículos a la zona, y allí persiga al toro; entre ellos el actor se bajó de su vehículo, se acercó y resultó lesionado. Por ello hay que concluir que tal conducta del recurrente supuso la causa eficiente y determinante del resultado dañoso sufrido al crear una situación de riesgo y asumirlo, en claro enlace causal de su imprudente conducta y del lesivo resultado, que con su actuación rompió el nexo causal derivado del hecho de escaparse el toro.

**Incongruencia: inexistencia.**—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la prescripción de la acción, que fue alegada en la contestación a la demanda, la Audiencia Provincial desestima dicha excepción, pero entrando en el examen de la pretensión, la desestima, por apreciar culpa exclusiva de la víctima. La incongruencia no existe. (STS de 15 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—No sería correcto decir que, en la sentencia extractada, la persona lesionada gravemente por un toro bravo escapado, ve desestimada íntegramente su pretensión en ambas instancias, y rechazado asimismo el recurso de casación, dado que existe una discrepancia fundamental en los hechos y en la interpretación del derecho aplicable, hasta el punto de que el FD 1.º llega a decir que *el recurso se ha colocado, por lo general, a extramuros de la mínima ortodoxia casacional*. Se escapa un toro en el encierro de las fiestas de un pueblo vallisoletano, y después de recorrer cinco kilómetros, se refugia en una alameda, a la que acude mucho público; al cabo de varias horas se consigue darle muerte, no sin

que anteriormente corneara gravemente al actor. ¿Es aplicable el artículo 1905 CC? La sentencia extractada (Pte.: Martínez-Pereda Martínez), confirmando íntegramente la de apelación, lo niega basado en que, conforme a los hechos probados, el lesionado acudió por curiosidad, y sin causa razonable, al lugar en donde se había escondido el toro, y en un descuido, le corneó. El lesionado creó por actos propios una situación de riesgo, y los daños le son directamente imputables, al haberse roto el nexo causal de los hechos originados por la huída del toro. Sin embargo, no parece arbitrario presumir que en el caso ocurrió lo que habitualmente sucede: los ganaderos persiguen a la res escapada, quizá con ayuda de voluntarios y, acaso, del personal del Ayuntamiento; no se demuestra que éste dictara disposiciones especiales, ni que prohibiera el acceso de la población al lugar en que estaba refugiado el animal («acudió mucha gente», se dice). No convence plenamente esa hipotética «creación de riesgo» que asumió exclusivamente el propio lesionado. En la doctrina especializada se sostiene que la culpa a que alude el artículo 1905 CC tiene que ser necesariamente *exclusiva* (de Ángel Yagüez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 2042). Se trataría, más bien, de una culpa compartida, aunque el porcentaje mayor correspondiera a la víctima. (G. G. C.)

**51. Culpa extracontractual: responsabilidad de cirujano: deber de información.**— Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial llegan a la conclusión fáctica de que el recurrente conocía claramente la gravedad de su estado y los altos riesgos de la intervención quirúrgica necesaria para procurar detenerlos.

**Lex artis ad hoc.**— En el recurso se denuncia el incumplimiento de la denominada *lex artis ad hoc*, que es como actualmente se denomina a lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión médica; pero las argumentaciones del recurrente son interpretaciones subjetivas e interesadas de la prueba pericial, constituida por el informe de tres médicos forenses, sin que se demuestre que haya sido valorado ilógicamente o fuera de las normas de la sana crítica.

**Responsabilidad de clínica privada en cuyas instalaciones actúa cirujano independiente: cuestión nueva.**— El cirujano demandado ha actuado en las instalaciones de una policlínica, en virtud de acuerdos privados a que ha llegado con ella, pero sin formar parte del personal de aquélla, ni estar unido a ella por relaciones de dependencia o subordinación. En primera instancia se declaró no existía culpa o negligencia imputable a la policlínica con base en el tratamiento y atención que recibió el actor en el post-operatorio. En casación se introduce una cuestión nueva, consistente en imputar al centro hospitalario una responsabilidad directa por razón de los beneficios que percibe por la cesión del uso de sus instalaciones al cirujano demandado. Hay que concluir que no está en absoluto probado que el cirujano estuviese unido a la empresa titular de la policlínica por una relación jurídica de la que procediese su dependencia e integración en el personal de la misma, no equivaliendo obviamente a tal relación la existencia de acuerdos particulares que mantuviera con ella para utilizar sus instalaciones en el ejercicio privado de su profesión. (STS de 18 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Es ya abundante la doctrina jurisprudencial sobre el deber de información del personal médico. La STS de 28 de diciembre de 1998 declaró que tampoco existía tal deber respecto de los riesgos atípicos (en el caso se trataba de una intervención prostática y las secuelas consistían en incontinencia urinaria e impotencia *coeundi*; extractada en *ADC*, 2000, p. 1281 s.). Sobre este deber en general, jurisprudencia reciente: STS de 13 de abril de 1999 (en *ADC*, 2001, p. 483); STS de 7 de marzo de 2000 (en *ADC*, 2001, p. 1309, sentencia en un caso de trasplante de médula). (*G. G. C.*)

**52. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: contagio del SIDA por transfusión sanguínea posterior a cesárea: responsabilidad del centro hospitalario: deber de información.**—Se tenía que haber informado a la paciente de los riesgos de la transfusión sanguínea, y, entre ellos, la posibilidad de contagio del SIDA, así como de las alternativas posibles a tal medida. La transfusión se efectuó el 10 de agosto de 1985 por indicación del médico de guardia, y se detectó la enfermedad el 23 de septiembre de 1987; se incumplió tan primordial deber de informar a la paciente, mediante lo cual el enfermo puede escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención. El riesgo de contagio existía, en España y en el extranjero, al tiempo de realizarse la transfusión, y de ahí las medidas normativas que hubieron de dictarse después. La actuación negligente del hospital, por sí mismo y por sus médicos, radica en que, tratándose de una cesárea, cuya práctica se conocía cuatro meses antes del alumbramiento, pues la actora era paciente en el Centro donde siguió su embarazo, y, conociéndose los peligros de la transfusión sanguínea, no se adoptaron medidas alternativas, ni se informó de ellas a la paciente.

**Prueba del daño.**—La actora padece infección del virus HIV, estadio IV-A, y con motivo de ello se le concedió la invalidez permanente en grado de absoluta, a los treinta y cinco años de edad, por el Tribunal Médico de incapacidades el 3 de junio de 1988, y consta asimismo el largo calvario de padecimientos, desde astenia, anorexia, diarrea y mal estado hasta las poliduropatías en todas las cadenas accesibles, cuadros depresivos que obligan a tratamientos ansiolíticos, desorientación y bradipsiquia con nistagmus, etcétera: una duración de más de quince años con tal gravísima dolencia hace razonable la cuantía próxima a veinticinco millones de pesetas, fijada en la instancia. (**STS de 17 de octubre de 2001**; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera una jurisprudencia ya consolidada. Últimamente v. SSTS de 16 de diciembre de 1998 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1272 s., nota *G. G. C.*); 28 de diciembre de 1998 (en *ADC*, 2000, p. 1273 s., nota *G. G. C.*); y 10 de noviembre de 1999 (en *ADC*, 2001, p. 971, sentencia anotada por Díaz de Lezcano). (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**53. La prescripción adquisitiva del dominio debe ser alegada por aquél a quien beneficia.**—El motivo primero del recurso se desestima porque la sentencia de instancia, si bien ha entrado *obiter dicta* en el tema de

la prescripción extraordinaria con la respuesta de la falta de acreditación de que los sucesivos detentadores de la finca la hubieran poseído en concepto de dueño durante todo el tiempo necesario para la usucapión, ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la exigencia del planteamiento de la prescripción adquisitiva por la parte sin que el juzgador pueda acogerla de oficio.

**Capacidad del donante.**—Para adquirir la propiedad por donación es preciso que el transmitente sea propietario y, en este supuesto, se ha utilizado el contrato de 6 de marzo de 1987 para crear una falsa apariencia de dominio, al privar a la donación de su causa genuina —la liberalidad— e, incluso, de su esencial carácter de modo de adquirir, para convertirla en un negocio simulado cuyo fin no ha sido otro que apoderarse de la propiedad ajena.

**Intervención del concepto posesorio.**—Esta Sala tiene declarado que, en cualquier caso, es preciso para la intervención que el cambio del concepto posesorio se revele socialmente de manera precisa e indudable, mediante un comportamiento como propietario, lo que aquí no ha ocurrido.

**El ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito a nombre de otro lleva implícita la petición de la cancelación del asiento registral.**—Al respecto procede traer a colación la STS de 16 de marzo de 1996, que resume la postura actual sobre este particular y dice lo siguiente: la S de 30 de septiembre de 1991, citada por la de 20 de diciembre de 1993, establece que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala matizando las consecuencias en el proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo, o al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción para obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal o específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad registral. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M. interpone demanda declarativa de dominio frente a los hermanos L. C. La cuestión que les enfrenta se concreta en si una determinada finca, cedida en precario en 1937, ha sido o no adquirida por los causahabientes de los hermanos L. C., quienes alegan que la finca les pertenece en virtud de la donación —inscrita en el Registro de la Propiedad— hecha por su madre en 1987. El Juzgado rechaza la demanda siendo revocada su sentencia por la Audiencia Provincial. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los hermanos demandados en la instancia. (R. G. S.)

**54. Despojo de propiedad privada por Autoridad Municipal en procedimiento expropiatorio: vías de hecho: competencia de la jurisdicción civil.**—La situación litigiosa no tiene origen en una situación legal de expropiación forzosa, sino en el despojo por parte de la Administración de una propiedad privada, al actuar por vías de hecho. La Corporación recurrente ha

extendido la expropiación forzosa a bienes que no le correspondían, mediante el ataque real a la propiedad privada, lo que supone que el Ayuntamiento de G. ha incurrido en lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conocen como *vías de hecho*, y cuya situación aparece definida en STS de 8 de junio de 1993 como «aquella actuación administrativa no respaldada de forma legal por el procedimiento legitimador de la concreta actuación, que se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite», lo que supone, según esta sentencia, que «las vías de hecho aparejan como principal efecto la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva remite las cuestiones litigiosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes». La doctrina de la sentencia referida, seguida por muchas otras, de ociosa cita, es aplicable al supuesto de debate, toda vez que, mediante las instrucciones de la recurrente, se hizo efectivo el derribo de las dos viviendas sitas en las plantas 2.ª y 3.ª del edificio de la calle C. V., núm. 25, de Gijón, que no habían sido objeto de expropiación, con lo que incurrió en vías de hecho, y perdió su aforamiento jurisdiccional, de manera que es la jurisdicción civil la que tiene que resolver la cuestión planteada; por lo demás la presente controversia fue planteada y terminada antes de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

**Demanda contra la empresa que realizó el derribo: ausencia de responsabilidad por seguir las instrucciones del Ayuntamiento.**—La empresa demandada fue traída a juicio por ser quien materialmente derribó las dependencias litigiosas, si bien en la tramitación del juicio, y por los datos demostrativos logrados en el período probatorio, quedó demostrada su falta de responsabilidad en atención a que su actuación se acomodó al proyecto elaborado por la Administración; lo cual no obsta a la legitimidad de su inicial incorporación como litigante pasivo del proceso, si bien la acción principal ejercitada es la reivindicatoria. (STS de 14 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se acuerda la expropiación forzosa del sótano y bajo de una casa, pero el Ayuntamiento ordena además el derribo parcial de las plantas segunda y tercera del edificio, en una extensión de treinta y siete metros cuadrados. No hay en los autos, elementos de juicio suficientes para apreciar y valorar esta situación de hecho, pero el sentido común dicta que hay problemas técnicos o errores de por medio. ¿Es posible expropiar sólo el sótano y bajo de un edificio? ¿Qué pasa con el piso primero, al ser derribados el segundo y tercero? En todo caso, la solución legal es impecable; parece correcta la calificación de tal conducta municipal como «vías de hecho», con las consecuencias inherentes que se derivan. (G. G. C.)

**55. Competencia de la jurisdicción civil en cuanto a los terrenos comprendidos en un deslinde administrativo.**—La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil viene limitada a las cuestiones referentes a la titularidad dominical, pública o privada, de los terrenos comprendidos en el deslinde administrativo, en tanto que la concesión para la ocupación de bie-

nes de dominio público marítimo-terrestre estatal es competencia de la Administración del Estado (art. 64 de la vigente Ley de costas y art. 129 de su Reglamento) y entre estas concesiones se comprenden las que tienen su apoyo legal en la DT 1.<sup>a</sup>, apartado 1, de la Ley de costas, a que se refiere la sentencia recurrida al confirmar la sentencia de primera instancia; así se desprende, igualmente, *a sensu contrario* de la S de esta Sala de 10 de junio de 1996, en la que si no se acogió el motivo de casación que, en el mismo sentido que el aquí examinado, formuló el Abogado del Estado fue porque en la demanda no se había peticionado el establecimiento de la concesión aunque la Sala *a quo*, aparte de estimar la demanda, añadió la declaración «sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de costas 22/1988, de 23 de julio». En consecuencia, las cuestiones judiciales que se susciten con esa conversión del dominio privado reconocido en concesión administrativa habrán de dilucidarse ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

**Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para fijar la indemnización correspondiente a la expropiación de la propiedad privada.**—Lo expuesto sirve también como fundamento para la estimación del motivo tercero en que se insiste en la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en torno a la concesión administrativa como forma o fondo indemnizatorio de la expropiación de la propiedad privada.

**Justificación de la privación del dominio por la Ley de costas.**—Dispone el artículo 5.º 1.º LOPJ que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos»; en cumplimiento de este mandato, esta Sala ha de tener en cuenta para la resolución del recurso, la S 149/1991, de 4 de julio, del TC resolviendo los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por distintos Jueces y Tribunales contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

Refiriéndose a la cuestión relativa a si la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre los terrenos que la Constitución incorpora al dominio puede ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria, que la propia Constitución reconoce, dice el TC que «esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquélla la que establece la *causa expropriandi*»; y en cuanto a la existencia de indemnización, afirma el TC en referida sentencia «que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es cosa evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación determinada *ope legis*, por la privación del título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecería tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los

propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (DT 1.º 2 del Reglamento general) al ordenar a la Administración que, de oficio otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarla, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la misma Ley la que fija el *quantum* de la indemnización», y agrega que «la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, la vulneración del primero de los artículos mencionados (se refiere al art. 33.3 CE, aclaramos) sólo puede entenderse producida por la insuficiencia de la indemnización».

**Es indemnización suficiente por la privación de la titularidad dominical la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público.**—En cuanto a la insuficiencia de la indemnización dice el Tribunal que ha de atenderse a la existencia de un «proporcional equilibrio» (STC 166/1986, FJ 13.B) entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable.

Niega el Tribunal que la norma sea inconstitucional, diciendo que «la singularidad de las propiedades a las que la norma se aplica, ya antes comentada, de una parte, el mantenimiento aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrán de quedar sujetos, aun de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico y sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal un equivalente del derecho de que se priva a sus anteriores titulares».

**Impugnación de la titularidad dominical a favor del Estado a través de acciones civiles: artículos 13 y 14 de la Ley de costas.**—No obstante la declaración del artículo 13 de la Ley de que el deslinde aprobado declara la posesión y titularidad dominical a favor del Estado, se entiende que de las fincas incluidas dentro del deslinde, no se impide que quienes se crean afectados por el deslinde ejerciten, al amparo del artículo 14, las acciones civiles de que se crean asistidos, acciones dirigidas a obtener una declaración de que las fincas afectadas por el deslinde eran de propiedad privada de los actores antes del deslinde y que constituirá el presupuesto para la aplicación de la indemnización que se establece en la DT 1.º de la Ley; entender la finalidad de esas acciones civiles en el sentido que parece darle el motivo que se examina, de que declarada la titularidad privada de la finca ésta quedaría excluida del dominio, choca con el criterio legal y haría perder todo sentido a la citada DT que en ningún caso encontraría aplicación.

**Los terrenos calificados como suelo urbano pueden tener carácter demanial.**—La definición del demanio marítimo-terrestre es competencia del Estado estableciendo el legislador las características físicas que han de con-

currir en los terrenos para que los mismos queden integrados en el dominio público mediante la aprobación del deslinde, conforme establece el artículo 13 de la Ley de costas. En ninguna de las normas contenidas en las Disposiciones Transitorias que invocan los recurrentes se manifiesta esa imposibilidad de que terrenos clasificados como suelo urbano no puedan tener carácter demanial, siempre que en ellos concurren las características físicas que se mencionan en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley. (STS de 9 de julio de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los demandantes pretenden ante el Juzgado de Primera Instancia que se declare su titularidad sobre una finca urbana convertida en demanial por deslinde administrativo con arreglo a la Ley de costas. Subsidiariamente y para el caso de que el pedimento anterior no prospere solicitan se reconozca su derecho a obtener los beneficios que prevé la DT 1.ª de la norma citada (ocupación y aprovechamiento del dominio público). La sentencia del Juzgado atiende en lo sustancial a lo pedido subsidiariamente. No prospera la apelación de los demandantes y el Abogado del Estado. Recurren ambas partes y ha lugar a la casación pretendida por la Abogacía del Estado. El TS revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y estima —también en parte— la demanda. (R. G. S.)

**56. Interpretación de los contratos: facultad que corresponde a los tribunales de instancia.**—En cuanto a los preceptos que se reputan infringidos (arts. 1281, 1282 y 1253 CC), es doctrina consolidada de esta Sala, que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio tiene que prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda —SS de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 17 de abril y 7 de octubre 1993, 29 de marzo de 1994 y 9 de abril de 1996, entre otras muchas— pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada —SS de 30 de octubre, 10 y 22 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986, entre otras.

**Zona marítimo-terrestre.**—Ha constituido una doctrina jurisprudencial con anterioridad a la Ley 22/1988 que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público y corresponde precisamente al particular que se oponga la carga probatoria de acreditar los hechos obstativos a los mismos o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzca. O sea que ha de demostrar la desafectación de los bienes o que su alienalidad ha sido autorizada o que el mismo terreno ha pasado a propiedad de los particulares antes de la Ley de puertos de 1880 —SS de 23 de junio y 13 de octubre de 1981, 11 de junio y 4 de julio de 1985, 22 de julio de 1986, etc.— lo que provocaba en tales bienes una natural afección de estos bienes al dominio público por su interés y uso público, con las tradicionales notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, principios que ha recogido el artículo 132.1 CE. Si bien, la doctrina jurisprudencial admitió la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando aquéllos han sido adquiridos antes de la Ley de puertos de 1880, pero ello no empece para que rija en todos los casos una fuerte y calificada presunción a favor del dominio nacional —S de 25 de junio de 1987—.

Mas toda esta regulación ha sufrido un cambio profundo con la tantas veces citada Ley 22/1988, no sólo en cuanto amplía la citada zona marítimo-terrestre en su artículo 3.1. a) que pone el límite «donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o cuando las supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial ...», sino que establece que «no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera» (art. 9.1). (STS de 18 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. demanda al *Ministerio de Obras Públicas y Transportes* para que se declare que determinados terrenos son de su propiedad. El Juzgado estima parcialmente la demanda y declara que el actor y los copropietarios tienen los derechos que les reconoce la DT 1.<sup>a</sup> en relación con la 4.<sup>a</sup> de la Ley 22/1988, de costas sobre terrenos de dominio público deslindados. La Audiencia desestima los recursos del particular y de la Abogacía del Estado. No ha lugar a los recursos de casación que las partes interponen. (R. G. S.)

**57. Propiedad horizontal. Excepcionalidad de la norma estatutaria: obras que afectan a elementos comunes.**—El TS declara el carácter excepcional de las normas previstas en los Estatutos de la comunidad de propietarios que permiten limitar el contenido de los preceptos generales de la Ley de propiedad horizontal. Por este motivo, la norma estatutaria puede admitir la realización de obras que afecten a elementos comunes, como son el suelo y la superficie de un patio interior, sin la necesidad de una autorización por parte de todos los propietarios. La comunidad está obligada a admitir la realización de estas obras cuando se cumplan los requisitos que estatutariamente se prevean (necesidad de las obras, autorizaciones municipales, que se cause el menor agravio posible al resto de los propietarios, ... etc.). El TS afirma que dichas normas estatutarias suelen ser menos estrictas en el caso de los locales de negocios, respondiendo por un lado a criterios de oportunidad que favorecen su adquisición y por otro, flexibilizando los requisitos de consentimiento unánime de los propietarios para la realización de obras de este género, ya que de exigirse la unanimidad se limitaría la posibilidad de explotación de dichos locales de manera considerable. (STS de 29 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Inter-Liber, S. A.* demanda a la comunidad de propietarios donde radica su local de negocio en juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos comunitarios, al negársele por esta vía la realización de las obras de instalación de chimeneas de salida de humos.

Admitida a trámite la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestima íntegramente. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando parcialmente el recurso y declarando la procedencia de las obras. Recurrída en casación por la comunidad de propietarios esta sentencia, el TS desestima el recurso e impone las costas a la parte recurrente.

NOTA.—Hay que destacar en este tema la reforma sustancial de la LPH de 1960 por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que introduce disposiciones flexibilizadoras del régimen de mayorías para el establecimiento de determinados servicios. Dicha reforma ha venido a dar una nueva redacción al artículo 396 CC relativo a la calificación como comunes o privativos de los elementos del edificio dividido horizontalmente. (S. E. M.)

**58. Propiedad intelectual. Derecho de autor: paternidad de la obra y derecho transitorio.**—El TS afirma que cabe presumir *iuris tantum* la paternidad de la obra inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual correspondiente. Es necesario demostrar por este motivo, la existencia de disonancias efectivas entre una obra y la inscrita para poder refutar la acusación de plagio. Carecen de consistencia las alegaciones sobre la diferencia de títulos como justificación de tal disonancia cuando el contenido de las obras es idéntico. A su vez, el debate sobre la autoría conlleva siempre una decisión implícita sobre el plagio, ya que para que éste exista ha de ser copia de una obra ajena (en este sentido, las SSTs de 28 de enero de 1995 y 23 de marzo de 1999). El derecho aplicable conforme a la DT 4.ª de la Ley 22/1987, de 7 de diciembre, será dicha ley incluso para aquellas obras cuya creación sea anterior a la fecha de su entrada en vigor, salvo que existan derechos adquiridos y consolidados con anterioridad a la mencionada fecha.

**Daños materiales y morales.**—No existe una predeterminación legal de los factores valorativos para fijar las correspondientes indemnizaciones por estos conceptos. Es necesario hacer un examen ponderado de las circunstancias de cada caso para determinar los daños materiales (número de ejemplares que podrían haberse vendido, beneficio que habría supuesto tal venta, ... etc.) y los morales (grado de difusión de la obra ilícita, incomodidades de orden familiar, ... etc.). Se debe evitar en estos supuestos la atribución de cuantías arbitrarias o irracionales. (STS de 23 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. L. G. demanda a la *Asociación de Industria de Navarra* solicitando la declaración de autoría de la obra propiedad del actor y de todos los manuales en que se divide la misma, y cuyo contenido la demandada utilizó en la realización de unos cursos sin su conocimiento y consentimiento. Igualmente solicita la indemnización por daños y perjuicios tanto materiales como morales.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS en casación, desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—El texto de la LPI de 1987 ha sido sustituido por el RDL 1/1996, de 12 de abril, modificado posteriormente por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Actualmente la materia relativa a los daños materiales y morales se regula en su artículo 140 LPI y la presunción de paternidad del derecho inscrito en el artículo 145.3 LPI, siendo idéntico su contenido al previsto por la ley anterior en ambos casos. (S. E. M.)

**59. Propiedad intelectual e industrial. El derecho del autor de unos dibujos, como obra pictórica, es susceptible de obtener protección tanto con base en la normativa reguladora de la propiedad industrial, como con arreglo a las normas de la propiedad intelectual. La inscripción del dibujo en el Registro de la Propiedad Industrial (ahora OEPM) no excluye la protección que otorga la Ley de propiedad intelectual, sin que a estos efectos, en el caso de dibujos, se requiera inscripción en el Registro correspondiente. El derecho a la indemnización proviene del uso no autorizado e indebido de la creación por una entidad empresarial con finalidad lucrativa.—** Ambos motivos han de aceptarse y, por ello, el recurso con base a las siguientes consideraciones:

a) Que, como es sabido, el derecho de autor sobre su obra, goza de la protección general de la propiedad privada, que, por tanto, no puede sufrir limitaciones o, emisiones de uso por un tercero sin su autorización (S de 15 de diciembre de 1998).

b) Que si bien es cierto la argumentación de la recurrida sobre la dualidad reguladora en nuestro Derecho (habida cuenta la cronología de la legalidad aplicatoria) de la protección de los dibujos artísticos, o de la tutela de sus creaciones formales, ya que, por un lado, se les contempla como creación artística en sede de propiedad intelectual y, por otro, en cuanto a su uso en el tráfico empresarial, [así, dentro del Estatuto de la propiedad industrial y en el marco del derecho de propiedad industrial en su art. 2 ap. c) ya se hablaba de dibujo industrial como de dibujo artístico, y así se define el dibujo industrial en su art. 182 —S de 26 de octubre de 1994— mientras que el dibujo artístico, lo está en el art. 190, ambos mercedores de tutela tras su inscripción en el Registro: art. 183; sin perjuicio de que el segundo goza también de tutela si está inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, dualidad también contemplada en la S de 5 de mayo de 1998] dentro ya de la propiedad industrial, y que el autor puede optar por un sistema u otro de subsunción legal en su propiedad, no es posible sancionar sin cobertura alguna al derecho ejercitado en autos porque el mismo sólo estaba inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, según lo constatado.

c) Cabe al efecto aplicar el dibujo cuestionado en su dinámica operativa dentro del Estatuto de 26 de julio de 1929 —sin posibilidad de retrotraer los efectos de la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987, S de 4 de enero de 2000—, cuanto dispone el citado por la Sala *a quo* artículo 182 en relación con el 190, al prescribir que se entenderán comprendidos en el concepto de dibujo industrial los «dibujos que, constituyendo una reproducción de una obra de arte, se exploten con un fin industrial ... independientemente de los derechos que pudieran corresponderles en el concepto de propiedad intelectual». Mientras que en la esfera, en cierto modo *estática* de su proyección, exclusivamente, intelectual de los citados dibujos artísticos, era condición indispensable —según el art. 36 que cita la Sala de la primitiva Ley de 10 de enero de 1819—, el haber inscrito el derecho correspondiente en el Registro de la Propiedad Intelectual, lo que, claro es, no acaeció en la *litis*.

d) Dentro de la panorámica de los derechos sobre bienes inmateriales —tanto lo sean de propiedad industrial como intelectual— y aplicándole al problema desde sus inicios ordenadores hasta la normativa vigente, existe un cuerpo decantado de doctrina jurisprudencial que examina su contenido y lo desdobra, bien resaltando su proyección directa emanada de la propia personalidad —inmanencia *ad intra*— que comportan los llamados derechos morales

y su vertiente *ad extra* de los llamados derechos materiales o patrimoniales que como tal, corresponde a su autor y que le protegen de cualquier injerencia extraña y le permiten su uso o explotación exclusiva según su índole; los primeros, regulados en el Capítulo III, Sección 1.ª, artículo 14 y ss., y, los segundos en la Sección 2.ª, artículos 17 y ss., de la Ley 22/1987, de 11 noviembre (hoy, derogados por DD única del RD Ejecutivo 1/1996, de 12 de abril), de tal forma que su autor es el único titular de ese uso y puede, por tanto, no sólo ejercitarlo a su modo, sino impedir aquel uso indebido por persona no autorizada, —entre otras la S citada en el motivo de 30 de octubre de 1995.

e) Derivar de esos antecedentes, como hace la Sala, de que por estar reconocida esa titularidad sólo en la dinámica industrial, esto es, la relativa al uso o explotación del objeto artístico así registrado, no puede deparar a los interesados acción de defensa alguna tendente a la evitación de esa injerencia o, en su caso, —como en autos— su derecho al rescamiento, no debe sostenerse, porque, ni de la normativa expuesta se obtiene esa consecuencia, ni menos, aún, es compartible la argumentación de la instancia en su transcrito FJ 3.º de que literalmente, «el programa en que se divulgaron los dibujos era o tenía un “carácter cultural o divulgativo/recreativo”, pero no comercial o empresarial, al consistir éste en una “actividad dirigida al mercado para colocar en él con fines lucrativos, un producto o un servicio”, porque, ello, sin más desconoce la obviedad de que la demandada es un auténtico ente empresarial y, que pese a intercalar, en su caso, programas formativos, no por ello tal contingencia impide para el conjunto de su actividad difusora, se cumpla el objetivo económico o de agiotaje que conlleva todo ente televisivo, en su misma finalidad estatutaria».

f) Asimismo, frente a esa dicción del artículo 36 de la Ley antigua, sobre la necesidad de la inscripción, no puede omitirse, como dice el impugnante, la presencia del artículo 37 que relega de tales previsiones formales instrumentos afines a los de los dibujos cuestionados.

g) Por último, tampoco se acoge que la improcedencia indemnizatoria provenga al no haberse demostrado la realidad de los perjuicios por los actores —FJ 5.º— pues, aparte de subsumir ese particular en el vigente artículo 14 de la Ley 22/1987, es claro, que aquella tutela general razonada ha de acoger el derecho indemnizatorio que, *per se*, proviene de la violación por un uso indebido por la demandada del derecho de autor del titular debidamente constatado en el Registro de la Propiedad Industrial, en términos análogos a los del vigente artículo 64 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. (STS de 24 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los herederos de un conocido artista gráfico interponen demanda en reclamación de cantidad por violación del derecho de autor contra una cadena de televisión, que había difundido sin permiso en uno de sus programas unos dibujos animados del causante durante cierto período de tiempo. Los dibujos se hallaban debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial, pero no en el de la Propiedad Intelectual, centrándose el objeto del debate en segunda instancia y casación en qué tipo de protección debe dispensárseles ante su difusión no autorizada en un medio de comunicación, en este caso, televisivo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda apreciando la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial revoca dicha sentencia, dejando sin efecto la prescripción declarada, pero desestima igual-

mente la demanda en cuanto al fondo del asunto. El TS estima el recurso de casación, declarando la procedencia de la indemnización. (*M. C. B.*)

**60. Libertad de gestión de los autores.**—Los autores pueden hacer valer directamente sus derechos como regla general; la actuación necesaria a través de una entidad de gestión sólo es exigida en los supuestos de los artículos 3.2 y 25.7. de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

**Artículo 135 LPI de 1987. Ejercicio de los derechos de autor por las entidades de gestión.**—El artículo 135 LPI de 1987, que legitima a las entidades de gestión para ejercer los derechos confiados a su gestión en los términos que resulten de sus estatutos, se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión.

**Aplicación del artículo 503.2.º LEC de 1881 a las entidades de gestión.**—Las entidades de gestión deben presentar únicamente certificación acreditativa de la autorización administrativa y copia de sus estatutos al comienzo del proceso. (**STS de 18 de octubre de 2001**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La *S. G. A. E.* interpone demanda contra *Tarragona Cinemas, S. A.* reclamando el porcentaje de recaudación correspondiente a los autores de obras cinematográficas, por la exhibición pública de películas desde el 1 de enero de 1990 hasta la fecha de firmeza de la sentencia que se dictase como consecuencia de dicha reclamación. La demanda es estimada en primera instancia y en apelación. La demandada recurre en casación alegando, entre otros motivos, la falta de legitimación activa de la *S. G. A. E.* bajo el régimen de la Ley de propiedad intelectual de 1987, aplicable al caso concreto.

**NOTA.**—Actualmente la legitimación activa de las entidades de gestión se encuentra regulada en el artículo 150 del RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual. En el párrafo II del precepto citado, redactado por la DF 2.ª 4 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, se establecen los requisitos para acreditar dicha legitimación. (*B. F. G.*)

**61. Usufructo sobre oficina de farmacia: constitución y subsanación.**—El TS partiendo de su doctrina sobre farmacias (STS de 27 de marzo de 2000 y las que en ésta se citan), delimita al ámbito del Derecho privado todas las cuestiones relativas a la constitución del negocio (derechos reales sobre el local, clientela, muebles ...) y al Derecho público la prestación del servicio farmacéutico en sentido estricto. En virtud del artículo 103.4 de la Ley de 25 de abril de 1986, tan sólo los farmacéuticos titulados pueden ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Por este motivo, no es viable el establecimiento de un derecho real limitado de goce, como es el

usufructo, que permita a cualquier usufructuario poseer, dirigir y administrar dicho negocio sin poseer la titulación correspondiente. La conmutación posterior del usufructo del no titulado a favor de una persona que posea la citada titulación, tampoco subsana la irregularidad de su concesión original. (STS de 26 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. A. R. y sus tres hijos demandan respectivamente a su hijo y hermano don C. M. A. solicitando se le condene a elevar a público el cuaderno particional. El demandado se opone a la demanda y formula reconvencción solicitando se declare la nulidad de la partición y subsidiariamente la rescisión por lesión.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial, en grado de apelación, desestima la demanda y estima la reconvencción declarando nulo y sin efecto el cuaderno particional y su documento complementario. El TS, en casación, desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

**62. Derecho real de uso: relevancia del título constitutivo en orden a su configuración.**—Sobre este derecho real de uso controvertido, cabe afirmar en línea de principio que, en la conocida S de 4 de febrero de 1983, se decía: «que el derecho real de uso sobre cosa ajena, participante en la inestabilidad histórica del usufructo, se distinguía del derecho de uso como inherente al dominio por su duración limitada, y participó de los avatares del usufructo siendo utilizado para resolver ciertas situaciones, especialmente dentro del Derecho de familia, hasta que en la etapa codificadora se configura como un derecho real autónomo, apareciendo así en el Código civil (arts. 523 a 529), rigiéndose supletoriamente por la normativa del usufructo ... De toda cuya normativa relativa al derecho de uso, aun dentro de su carácter esporádico y asistemático, puede deducirse sin duda que se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuáles son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena; y el título constitutivo de este derecho, en el caso ahora contemplado, delimita su contenido tanto en el aspecto personal, limitado a las personas que formen la sociedad, como en el aspecto a la totalidad de aquél, previo pago de un precio que se fija en la escritura de 1874; pero que no es en modo alguno derecho perpetuo e inextinguible ...».

Empero lo anterior, conviene especular si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial, es posible mantener ese clasicismo en la figura secular del derecho real de uso, o cabe ensanchar su alcance o contenido con previsiones fijadas de antemano en su título constitutivo, que, como en el caso de autos, opera (en especie *inter vivos* frente a la general *mortis causa*) como régimen regulador de los derechos y obligacio-

nes del usuario, y si por ello es posible que, por ese contenido pactado, desaparezcan o se flexibilicen sus elementos más esenciales, que, no se duda, se encuentran tanto en los citados caracteres de derecho personal –art. 525– y temporal, artículos 529 en relación con el 513.1, aparte, por supuesto, de discernir sobre la persistencia o no de la idea de «necesidad» para cuya satisfacción se reconoce este derecho sobre cosa ajena –art. 524– y la de la «familia» como destinatario del fin consuntivo de esa satisfacción o aprovechamiento. Y se subraya al respecto:

a) Que si se quiere admitir un derecho conforme a los moldes de legalidad indicados, no es posible desconocer las referidas notas de «personal» y «temporal», incluso para distinguirlo del derecho o *ius utendi* que corresponde a todo propietario sobre su propia cosa. Y asimismo en cuanto a los conceptos de «necesidad» y de «familia», parece que la normativa legal reconduce ambos a contenidos de satisfacción de necesidades primarias o de subsistencia con alcance consuntivo de estos frutos que claramente se recoge en el artículo 527 CC, el llamado *ad usum quotidianum* y noción de «familia» como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia. El título en estos casos, provenirá de que, respetando esa estructura legal, habilite una u otra forma para ejercitar el derecho o el aprovechamiento en cantidad o calidad de los frutos de la cosa ajena.

b) Ahora bien, cabe meditar si por ese título constitutivo (fuente prevalente de su contenido, *ex art.* 523, no se olvide), se innoven tales exigencias, y *v. g.*, se acuerde por el propietario de la cosa a favor de otra, un derecho a usar de su cosa, sin esas limitaciones, de tal forma que ni sea personal –se faculte para su cesión o transmisión–, se anule la temporalidad con una previsión indefinida y hasta se incorpore una noción de «necesidad» desprovista de ese designio de subsistencia, y se atiendan otro tipo de necesidades que, dentro de esta libertad constitutiva, propendan a consecuencias especulativas o de expansión u ocio a favor del usuario, y, por supuesto, que la comunidad destinataria no tenga que encerrarse en ese núcleo familiar. Entonces, cabría afirmar que acaso por el juego negocial –no muy pacífico en la doctrina– se habría conformado un tipo dentro de los *iura in re aliena* innominado, aunque descolgado de la tipicidad expuesta (la doctrina siguiendo a García Goyena, se plantea la dualidad entre el *numerus apertus* o *clausus* en la creación de los derechos reales), lo que conduce a que en esa hipótesis de libertad de configuración se estaría, no ante el derecho tipificado, sino ante una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva *ex* artículos 531 y 533.II.º CC. (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.–La Macrocomunidad de propietarios de la Urbanización *Villa Azul de Rocamar* acude al Juzgado pretendiendo que se declare el derecho de uso gratuito que los propietarios tienen respecto de la piscina y su entorno, la obligación que a todos incumbe de respetar este derecho y que, como consecuencia del incumplimiento de esta obligación, los demandados han producido daños y perjuicios por los que exige la indemnización correspondiente. La demanda se desestima pero prospera el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación que interpone uno de los demandados. (R. G. S.)

**63. Servidumbre de acueducto: requisitos de su constitución forzosa.**—La creación de dicha servidumbre (*ius aquae ducendae per fundum alienum*) tiene su marco normativo adecuado (arts. 557 y 558 CC, 46 LA 29/1985, de 2 de agosto, y Reglamento de dominio público hidráulico, RD 849/1986, de 1 de abril) con arreglo al que la constitución forzosa exige la tramitación del oportuno procedimiento administrativo donde se habrá de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

**Expropiación: interés público y social justificante.**—No es suficiente argumento para fundamentar la decisión la (hipotética) existencia de un interés público y social que debe primar sobre el interés individual, porque el reconocimiento, apreciación y declaración de tal situación como causa justificada para privar de bienes o derechos exige se proceda de conformidad con lo dispuesto en las leyes, tal y como disponen los artículos 33 CE y 349 CC, y en tal caso no hubo expediente expropiatorio (sólo se intentó un arreglo privado), actuando la demandada por las vías de hecho (como reconoce expresamente la propia sentencia recurrida), forma de acción directa que solo excepcionalmente está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, y en la que en absoluto es incardinable el supuesto de autos.

**Función social de la propiedad.**—La función social de la propiedad no puede invocarse como un concepto abstracto o indefinido, pues dicha función se corresponde con una delimitación legal del contenido normal de dicho derecho, como resulta del propio artículo 32.2 CE, doctrina del TC (SS 227/88, 29 de diciembre; 149/91, 4 de julio; 319/93, 27 de octubre, entre otras) y jurisprudencia de esta Sala (singularmente SS de 23 de diciembre de 1989, 13 de diciembre de 1991, 3 de marzo de 1995, 2 de julio de 1998) por lo que el sacrificio patrimonial individualizado exigía seguir el procedimiento expropiatorio, no existiendo ninguna norma en nuestro ordenamiento que ni por asomo autorice a los jueces para tomar una medida de restricción dominical, con diferimiento de la fijación de la indemnización a otro proceso, como la adoptada.

**Doctrina de los actos propios.**—El hecho de que el señor M. V. no haya ejercitado una acción interdicial no implica que haya consentido la ocupación o instalación, como tampoco cabe deducir la autorización implícita de un documento del que sólo resulta que no hay posibles daños que valorar a efectos de fijar en su día la indemnización ..., de ahí que resulte absolutamente carente de soporte fáctico la invocación del principio general de derecho que veda ir contra los propios actos, pues los indicados ni tienen significación inequívoca ni eficacia jurídica al efecto, y la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. (STS de 15 de junio de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—La cuestión que origina el pleito se concreta en la instalación de una tubería subterránea de unos sesenta metros de longitud en la finca del demandante en la instancia como consecuencia de unas obras de urbanización. La empresa instaladora no

obtuvo la autorización del actor y tampoco utilizó la vía expropiatoria. El Juzgado de Primera Instancia declara la obligación de la empresa demandada de levantar y demoler la conducción de agua. La Audiencia revoca la decisión del Juzgado. Ha lugar al recurso de casación que interpone el propietario de la finca, señalando el TS que la sentencia de la Audiencia «en la valoración más benévola, carece de la más mínima razón jurídica». (R. G. S.)

**64. Prenda del derecho de crédito a la restitución de una imposición bancaria a plazo fijo. Prelación para su pago.**—Esta Sala en SS de 19 de abril y de 7 de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:

- a) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el *tantundem*.
- b) Sin embargo las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 CC, que estaría en contradicción con el artículo 1868 CC que admite la prenda que produce intereses.
- c) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria.
- d) El que exista como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 CC. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto comisorio contiene el artículo 1859 CC, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición.

La admisión, en virtud de tal doctrina, de esta clase de prenda —que actualmente ha adquirido gran desarrollo— determina que en el caso que nos ocupa, el crédito del acreedor pignoraticio, es decir, de la Caja Rural tercerista, excluya los de todos los demás acreedores hasta donde alcance el valor del crédito pignorado, según establece el artículo 1926.1.º CC. (STS de 25 de junio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El matrimonio C. O. constituye prenda a favor de *Caja Rural de Sevilla* sobre el saldo de una cuenta a plazo fijo con el fin de garantizar toda operación, deuda o riesgo mantenidos con la entidad. *Bética de Prefabricados* embarga el saldo de la cuenta en un juicio ejecutivo que se apoya en el impago de tres letras de cambio. La *Caja Rural de Sevilla* interpone demanda de tercería de mejor derecho. El Juzgado estima la tercería y declara la pre-

ferencia del crédito de la entidad financiera. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación *Bética de Prefabricados* y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

**65. Doble venta: requisitos para la aplicación del artículo 1473 CC.**— Según la parte recurrente habría existido una doble venta y la propiedad correspondería a quien antes hubiera inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad al margen de que el otro comprador hubiera entrado en posesión de la finca antes de la primera inscripción, citando la parte recurrente en su apoyo la S de esta Sala de 13 de abril de 1994. El motivo así planteado ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª La sentencia que se invoca, que no es del año 1994 sino del año 1993, no resuelve un caso idéntico al aquí examinado sino el de una venta en documento privado no inscrito y otra posterior en subasta judicial, razonándose en dicha sentencia que en tal caso el órgano judicial actuaba como si fuera la misma persona que anteriormente había vendido en documento privado.

2.ª En el caso examinado quien vendió a la persona física y a la sociedad limitada hoy recurrentes mediante sendas escrituras públicas no lo hizo en cumplimiento de ninguna obligación previamente contraída con éstas por su madre, sino ya como propietaria por sí misma de las fincas a título de herencia.

3.ª En consecuencia acertó plenamente el tribunal de apelación al descartar la aplicabilidad del artículo 1473 CC y su posible combinación con el artículo 32 LH, rectificando así la desacertada solución de la sentencia de la primera instancia. Y ello porque hay dos razones que impiden encuadrar el caso examinado en la hipótesis contemplada por el artículo 1473 CC: *la primera*, fundamento de la sentencia recurrida, que cuando en 1980 y 1982 se otorgaron las escrituras públicas a favor de las hoy recurrentes, la primera venta o transmisión (en el caso por permuta) de la finca litigiosa en documento privado se había consumado nada menos que en el año 1966, puesto que a la firma de dicho documento había seguido de inmediato la entrada del adquirente en posesión de la finca, siendo por tanto aplicable la reiterada doctrina de esta Sala que descarta la aplicabilidad del artículo 1473 CC cuando la primera venta se hubiera consumado antes de la perfección de la otra (SSTS de 25 de marzo de 1994 en recurso 1674/91, 25 de julio de 1996 en recurso 3582/92 y 10 de diciembre de 1999 en recurso 1044/95); y *la segunda*, que el vendedor no fue el mismo, como exige la jurisprudencia de esta Sala para que se dé la hipótesis del artículo 1473 CC (SSTS de 21 de junio de 2000 en recurso 2481/95 y 22 de diciembre de 2000 en recurso 3619/95) porque doña B. no vendió a las hoy recurrentes en cumplimiento de ninguna obligación previamente contraída con ellas por su madre, ni por tanto como sucesora en una obligación de su causante transmitida por muerte a la heredera, sino como propietaria que había adquirido para sí las fincas a título de herencia y manifestaba una voluntad traslativa propia y personal, ajena ya del todo a la voluntad de su madre, la cual había fallecido en el año 1979 sin haber inquietado en la posesión a don G. ni haber cuestionado la transmisión que le había hecho en el año 1966.

En relación con esta segunda razón viene al caso recordar cómo la S de esta Sala de 8 de mayo de 1982, examinando el requisito del vendedor único como inherente al artículo 1473 CC, consideró insuficiente la circunstancia de traer causa de la primera vendedora «para forzar la normativa de la doble venta».

No hubo por tanto doble venta en las escrituras públicas otorgadas por doña B. a favor de las hoy recurrentes, sino sendas ventas de cosa ajena porque, adquirida la propiedad de la finca litigiosa por don G. en el año 1966, esta finca no formaba parte de la herencia manifestada y aceptada por doña B. en el año 1980 después de haber fallecido su madre en el año 1979.

En otras palabras, las hoy recurrentes habrían podido invocar la protección combinada de los artículos 32 LH y 1473 y 606 CC si en su día hubieran adquirido de doña J. (madre de doña B.), es decir de quien sí había sido propietaria de las fincas, pero no al haber adquirido de doña B., porque ésta nunca llegó a ser propietaria de aquello que su madre había transmitido a don G. en el año 1966.

**Artículo 34 LH: no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero.**—Comienza este motivo por tener un fondo de razón cuando reprocha a la sentencia recurrida no haber protegido la adquisición de las recurrentes debido a la nulidad del propio título de éstas, nulidad fundada a su vez, según la sentencia impugnada, en la carencia de poder de disposición de quien transmitió o, si se quiere, en que la vendedora doña B. estaba vendiendo unas fincas que no le pertenecían.

La sentencia recurrida se apoya en el artículo 33 LH y en una sentencia de esta Sala del año 1933 a cuyo tenor el artículo 34 LH no sana la nulidad del propio acto adquisitivo del tercero.

Aunque tal doctrina, por su generalidad, no sea desde luego suficiente por sí sola para justificar la decisión de la sentencia impugnada, hay que reconocer que otras sentencias de esta Sala, de fecha próxima a la recurrida en casación, sí ofrecían base bastante para considerar nulo el acto adquisitivo del tercero por no pertenecer la finca al transmitente inscrito. Así, la S de 8 de marzo de 1993 (recurso 2657/90), relativa a una adquisición del tercero por subasta judicial de un bien embargado a quien no era ya propietario, o la de 25 de marzo de 1994 (recurso 1647/91), relativa a un caso de adjudicación judicial y en la que parece mantenerse que el artículo 34 LH no ampara las adquisiciones *a non domino*.

Es posible que el origen de esta tesis haya que situarlo en la S de 7 de diciembre de 1987, que ciertamente enunciaba la doctrina de la no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero, pero no porque en tal supuesto la causa de nulidad fuera la falta de poder de disposición del transmitente, es decir la ajeneidad de la cosa, sino unas graves irregularidades en las actuaciones judiciales culminadas con una venta igualmente judicial, de suerte que la nulidad se fundaba en la del propio título de adquisición del tercero y no en la falta de poder de disposición de su transmitente. Y en este mismo sentido puede ser entendida la S de 24 de octubre de 1994 (recurso 2599/91) cuando, tras dejar sentado que *el artículo 34 LH sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio*, concluye que *los demandantes en el proceso, y aquí recurrentes, no tienen la condición de terceros hipotecarios, al haber la tantas veces repetida sentencia de la Sala 3.ª de este TS declarado nula la subasta por la que aquéllos adquirieron la finca litigiosa*.

De ahí que ya en una posterior S de 19 de octubre de 1998 (recurso 1525/94) quedara mejor y más definitivamente perfilada la cuestión con la doctrina de ser *precisamente la doctrina de la adquisición a non domino la manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el vendedor o transmitente (que era el titular según el Registro) no fuera el dueño del piso,*

*a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro, como es obvio) de la subasta por la que había adquirido el referido piso, cuya declaración de nulidad la desconocían en absoluto los esposos terceros adquirentes. Y que en sentencias todavía más recientes se reconozca la protección del artículo 34 LH a quien adquiere mediante subasta judicial por ser la adquisición a non domino una manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente (STS de 22 de diciembre de 2000 en recurso 3619/95); o, en fin, se afirme contundentemente que en un caso de venta de cosa ajena el adquirente, si reúne los presupuestos del artículo 34 LH, será mantenido en su adquisición en todo caso (STS de 21 de junio de 2000 en recurso 2481/95).*

En definitiva, la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio título adquisitivo del tercero.

No puede, por tanto, compartirse el razonamiento del tribunal de apelación al interpretar el artículo 34 LH, ya que éste ampara a quien adquiere del titular registral a título oneroso y de buena fe aunque su transmitente no sea en realidad propietario, salvándose en punto a este artículo los problemas que podría plantear el requisito de la tradición (art. 609 CC) por la aplicación del párrafo segundo del artículo 1462 CC, a cuyo tenor el propio otorgamiento de la escritura pública a favor del tercero equivale a la entrega de la cosa si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario, como declaró esta Sala en su S de 8 de mayo de 1982 y ha reiterado en la mucho más reciente de 22 de diciembre de 2000 (recurso 3619/95).

**Requisitos para la aplicación del artículo 34 LH: inscripción a nombre del transmitente.**—Según la jurisprudencia y un autorizado sector de la doctrina científica, la finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva, a la fecha del contrato traslativo, sin que pueda subsanarse la omisión de este requisito por una inscripción a favor del trasmitente posterior al contrato traslativo pero previa a la inscripción a favor del adquirente (SSTS de 11 de mayo de 1909, 24 de abril de 1962 y 12 de noviembre de 1970); requisito cuya exigencia se justifica tanto por el tenor literal del artículo 34 LH como por la protección que éste dispensa, básicamente fundada en el Registro, y, en fin, por el privilegio que para el tercer adquirente representa la tradición instrumental al margen de su efectiva posesión material de la finca. (STS de 22 de junio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurso de casación dimana de un juicio en el que se siguieron tres autos acumulados: 1) un juicio declarativo promovido por don G., quien decía haber adquirido la finca litigiosa en 1966 mediante documento privado, contra doña B., única hija y heredera de su transmitente; 2) un segundo declarativo promovido por don G. contra doña B., y contra doña M. y *ALJOMAR, S. L.*, quienes habían comprado e inscrito las parcelas integrantes de la finca litigiosa después de que doña B. hubiese aceptado la herencia de su madre; y 3) un juicio de menor cuantía promovido por doña B. contra *ALJOMAR, S. L.* para exigirle el pago de parte del precio de la finca. En los dos primeros pleitos se formuló reconvencción por las partes demandadas: en el primero para que se declarase resuelto el contrato celebrado en 1966 por la madre de la

reconviniente contra el actor-reconvenido; en el segundo, para que se mantuviesen en sus adquisiciones a quienes habían comprado e inscrito en el Registro de la Propiedad. El debate procesal se centró en la resolución del contrato de 1966 y en la propiedad de la finca objeto del contrato. Quedó claro que no había lugar a la resolución mientras que la solución de la segunda cuestión litigiosa es discrepante: en la sentencia de instancia se apreció una doble venta reconociéndose la propiedad a quienes habían inscrito en el Registro de la Propiedad; en la sentencia de apelación, por aplicación del artículo 34 LH, se considera que la finca pertenece a don G. Recurren doña M. y *ALJOMAR, S. L.* y el TS declara no haber lugar. (*R. G. S.*)

**66. Principio de legitimación registral: alcance y efectos.**—El artículo 38 LH dispone en el inciso primero del párrafo primero que «los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Este principio, manifestación del de fe pública registral y denominado de legitimación registral para diferenciarlo del de fe pública registral en su versión estricta (art. 34 LH), contiene según jurisprudencia pacífica una presunción legal *iuris tantum*, que, por consiguiente, dispensa de prueba al favorecido por ella (art. 1250), si bien la parte contraria puede desvirtuar la presunción de exactitud del contenido registral demostrando que no se ajusta a la realidad mediante la prueba en contrario (SS, entre otras, de 22 de febrero de 1963, 4 de enero de 1982, 16 de septiembre de 1985, 23 de mayo de 1989 [dos sentencias], 11 de junio de 1991, 8 de mayo y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo y 21 de abril de 1993, 21 de junio y 4 de noviembre de 1994, 17 de febrero y 20 de marzo de 1998 y 31 de diciembre de 1999), sin que nada obste a que pueda destruirse la apariencia extrarregistral mediante la convicción obtenida de presunciones *hominis* (la presunción está sometida a materia de juicio y simple elemento de prueba a conjugar con las restantes: SS de 2 de septiembre de 1982 y 21 de junio de 1994).

[...] La doctrina de esta Sala, dictada en aplicación del artículo 38 LH, tiene declarado que la presunción de existencia del derecho opera con independencia de los presupuestos que pudieron darle origen, considerándose exacto lo que el Registro expresa de la razón de adquirir con arreglo a la dicción legal *en la forma determinada en el asiento respectivo* (S de 23 de mayo de 1989), si bien la fe pública registral no cubre los datos o circunstancias de hecho que consten en la inscripción o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos (SS, entre otras, de 10 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1988, 31 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000) y entre ellos los que reposen sobre las simples declaraciones de los otorgantes (S de 3 de junio de 1989).

**Fiducia cum amico: prueba y efectos.**—La prueba de presunciones (con tal carácter figura en la enumeración de los medios de prueba del art. 1215 CC aplicable al caso por razones de derecho intertemporal), calificada de indirecta, y por lo tanto de aplicación subsidiaria, por una nutrida corriente jurisprudencial, aunque modernamente se le da una mayor relevancia singularmente cuando las pruebas existentes son tan contradictorias entre sí que no permiten alcanzar una clara y contundente conclusión probatoria (S de 11 de octubre de 1999), tiene una especial importancia en aquellos casos en que se trata de acreditar la realidad de unos hechos que, por unas u otras

razones (en ocasiones por su evidente ilegalidad como ocurre con los traspasos o subarriendos sin autorización, y en otras por intereses no necesariamente fraudulentos o ilícitos, como sucede con las simulaciones, fideicomisos, etc.) a los intervinientes en los mismos no les interesa su divulgación o conocimiento por otras personas. Entre estos casos se encuentra la *fiducia cum amico* (ya reconocida en un texto de las Instituciones de Gayo, II, 60 –*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iuris, AUT CUM AMICO que tutius nostrae res apud eum sint*–; pero como la transmisión en garantía puede convenirse, bien con un acreedor en virtud del derecho de prenda o bien con un amigo para que nuestras cosas quedan en su poder, y que ha sido objeto de contemplación en numerosas sentencias de esta Sala, entre las que cabe citar las de 28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 4 de julio de 1998 y 15 de marzo de 2000), modalidad del negocio en el que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza (de ahí que algunos autores consideren la *fiducia cum amico* la forma pura o genuina del negocio fiduciario). Resultan incuestionables los beneficios que pueden derivarse del juego de la apariencia jurídica, pero corren paralelos los riesgos derivados de la dificultad de su prueba cuando se trata de revocar la fiducia depositada. Y en el caso sucede que la parte actora pretende que se da una situación de *fiducia cum amico* pero no aporta la prueba precisa para poder acoger tal afirmación. Y ello es igualmente aplicable a las alegaciones relativas a que la *Inmobiliaria Ureta, S. A.* es una entidad ficticia o que se trata de un testamento, lo que guarda similitud o sintonía con la situación fiduciaria (SS de 21 de noviembre de 1987, 5 de julio de 1989, 19 de junio de 1997, entre otras). (STS de 16 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Partido Nacionalista Vasco* demanda a la *Inmobiliaria Ureta, S. A.* solicitando se declare que, al tiempo de su incautación en 1937, una determinada finca –hoy propiedad de la inmobiliaria– pertenecía al *Partido Nacionalista Vasco*. Como se detalla en la demanda, el sentido último de esta pretensión se dirige a obtener la condición de «incautado» y con ella la posibilidad de solicitar la reversión de la finca en los términos de la Ley 3/1984 de la Presidencia del Gobierno Vasco. El Juzgado estimó la demanda al apreciar la existencia de una *fiducia cum amico*: siendo la inmobiliaria el titular fiduciario, el propietario real o fiduciante al tiempo de la incautación habría sido –como se pretendía– el PNV. La sentencia de la Audiencia Provincial revoca la del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el *Partido Nacionalista Vasco*. (R. G. S.)

**67. Relevancia de la fecha del embargo a efectos de la tercería de dominio.**—A efectos de tercería de dominio a lo que ha de atenderse es a la fecha en la que los embargos tuvieron lugar, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala de casación civil, al actuar el embargo como medida cautelar

para asegurar la efectividad del crédito en su día, es decir, el buen fin de la ejecución promovida, pero no altera la naturaleza de éste (SS de 23 de abril de 1992 y 22 de diciembre de 1998), y lo que viene a determinar la preferencia de los derechos concurrentes (S de 27 de enero de 1991), por lo que corresponde al tercerista la carga de demostrar su titularidad a la fecha de la traba, resultando irrelevante la adquisición llevada a cabo en momento posterior o en fecha que sólo gana eficacia después del embargo. Se impone el examen de los títulos aportados por la parte recurrente en su proyección y eficacia respecto a los ejecutantes embargantes, a efectos de decidir la procedencia o rechazo de la pretensión deducida (S de 22 de junio de 1982).

**Anotación preventiva de embargo: eficacia e incidencia en la tercería de dominio.**—La anotación preventiva del embargo no modifica la naturaleza jurídica del crédito anotado y menos lo convierte en real o hipotecario, la acción no tiene tal condición, ni tampoco atribuye al anotante la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH (SS de 16 de febrero 1990, 19 de noviembre de 1992 y 27 de enero de 1997). Tampoco tiene la anotación registral de embargo valor ni eficacia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, por lo que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta; con independencia de su anotación en el Registro que no puede condicionar su existencia (SS de 7 de enero de 1992, 24 de febrero de 1995, 14 de mayo de 1996 y 9 de abril de 1997).

**Principio de exactitud registral.**—El artículo 38 LH lo que trata es de mantener el paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica que existe fuera del mismo (S de 15 de enero de 1985) y si bien la presunción de exactitud registral que establece el precepto es *iuris tantum* al admitir prueba en contrario, en este caso juega a favor de los ejecutantes y no se impone la realidad extrarregistral representada por las ventas posteriores notariales de los bienes trabados y como dicen las SS de 30 de diciembre de 1993 y 1 de febrero de 1995, la anotación preventiva de embargo traslada la carga de la prueba al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le ha transmitido los bienes. (STS de 22 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el embargo que el Ayuntamiento de Ceuta, los *Bancos Central Hispano, Bilbao Vizcaya, Popular* y la *Correduría de Seguros Duarte y García, S. L.* intentan contra el matrimonio D., interpone la mercantil *Joyti, S. A.* tercería de dominio alegando que la vivienda y plaza de garaje trabadas son de su propiedad. Se desestima la tercería y posteriormente la apelación. El recurso de casación que interpone *Joyti, S. A.* no prospera. (R. G. S.)

**68. Extensión de la hipoteca respecto a la obligación garantizada frente al adquirente de la finca: artículo 114 LH.**—El problema, pues, que se plantea es el alcance que debe darse al artículo 114 LH respecto a la hipoteca constituida en el caso presente, es decir, la extensión de la hipoteca respecto a la obligación garantizada, intereses y costas, frente al adquirente de la finca. Débese distinguir:

— Obligación principal: respecto a ésta nada se discute; pagó la sociedad (demandante y recurrente) al Banco Hipotecario, lo que se estima correcto por ambas partes.

– Intereses: el mencionado artículo 114 LH establece la limitación de la responsabilidad respecto a tercero, adquirente de la finca hipotecada; los intereses que garantiza la hipoteca frente a tercero son los de la anualidad corriente y dos últimos años, pudiéndose pactar una ampliación que no supere los cinco años; en el caso presente se ha pactado que garantiza tres anualidades, de intereses, sin pactar nada sobre los de demora, tal como consta en la escritura de constitución de la hipoteca y en la inscripción registral.

Lo cual se aplica en todo caso, incluso en préstamo hipotecario contraído con el Banco Hipotecario, ya que la STC 128/1994, de 5 de mayo, resolviendo un cúmulo de cuestiones de inconstitucionalidad y estimándolas, declaró nulos los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario de España, cuyas declaraciones de nulidad, prevé *no alcanzarán a los procesos ya fenecidos* y éste, el presente, fenece ahora, con esta sentencia en la que no pueda aplicarse la subrogación legal del adquirente en la deuda total garantizada en el supuesto de transmisión de la finca hipotecada; cabría no ya subrogación convencional, sino asunción de deuda por pacto entre el antiguo y el nuevo deudor, con consentimiento del acreedor. Así lo aplicó y expresó la S de esta Sala de 11 de noviembre de 1994.

– Costas: frente a tercero, la hipoteca alcanza a las costas cuando se ha pactado expresamente y con el límite máximo que se haya previsto.

**Concepto de tercero en el artículo 114 LH.**—No es el tercero del artículo 34 LH que contempla el principio de la fe pública registral, sino que es simplemente el *tercero que no ha intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca que adquiere la finca e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad*. Este es el criterio que ha seguido esta Sala en la S de 11 de noviembre de 1994, que ahora se reitera y que dice así: *quien sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca (S de 12 de julio de 1941), concepto que, aunque relativo según la jurisprudencia, pues debe cohonestarse con otros inscribientes, no excluye, desde luego a la entidad recurrida que no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo o pasivo en la constitución de la hipoteca ya que adquirida la finca gravada en pública subasta ...* En el mismo sentido, S de 24 de julio de 2000.

**Inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley de creación del Banco Hipotecario en cuanto niega la limitación de responsabilidad del tercero adquirente de finca hipotecada.**—La aplicación del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario de España a que se remite el pacto que se halla como estipulación décima del contrato de préstamo hipotecario, para declarar al adquirente subrogado en todas las obligaciones pendientes, no es posible tras su declaración de nulidad por inconstitucionalidad que hizo la sentencia citada del TC 128/1994, de 5 de mayo; por tanto se aplica el artículo 114 LH y no aquel artículo ni este pacto. Así lo entendieron también las citadas SS de 11 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 2000. (STS de 5 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—*Promociones Gastronómicas, S. A.* adquiere una finca gravada con hipoteca en la subasta derivada de un juicio ejecutivo. Obligada a transmitirla libre de cargas por sentencia judicial, requiere al acreedor hipotecario (Banco Hipotecario) para que le notifique el débito pendiente a efectos de su satisfacción. Entiende posteriormente *Promociones Gastronómicas* que ha

pagado con exceso —pues los intereses están prescritos, los intereses y comisiones de demora no gozan de garantía hipotecaria y las costas satisfechas superan con mucho las realmente debidas— y demanda al Banco Hipotecario la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia el recurso de apelación interpuesto por la actora. Ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

**69. Interpretación de la regla 7.ª del artículo 131 LH. Notificación del día, hora y lugar del remate efectuada en finca distinta a la subastada. Anomalía procesal.**—El último párrafo de la regla 7.ª del artículo 131 LH, introducido por Ley de 14 de mayo de 1986, establece que el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor en la finca o fincas subastadas, notificación que constituye una novedad sin precedentes en nuestro régimen procesal civil. Aunque un sector de la doctrina afirma que tal norma supone una reiteración respecto al requerimiento de pago inicial efectuado en el domicilio convencional o real, y que éste basta para que se lleve adelante el procedimiento, otros juristas consideran que entra en juego sólo cuando el deudor no se haya personado en forma en el proceso y que, en tal caso, tiene la finalidad de aumentar las garantías de su defensa en juicio. En este sentido, tiene declarado el TS (SS de 1 de junio de 1995 y 24 de septiembre de 1999) que la finalidad o función del precepto indicado es la de poner en conocimiento del deudor hipotecario la fecha de la subasta, y que su previsión atiende a la hipótesis de que el mismo no esté personado en forma en el procedimiento. La redacción imperativa de la citada regla no autoriza al juez a sustituirla por ningún otro medio de comunicación admitido en Derecho, ni a prescindir de ella en el caso de no haber sido posible llevar a efecto la notificación personal en el domicilio del apremiado. Por ello, la circunstancia de que no se haya notificado a los deudores en la finca subastada el lugar, día y hora para remate, se debe considerar como una grave anomalía procesal que provoca indefensión de los mismos, al prescindir de una norma esencial de procedimiento establecida por la ley.

**Omisión de la práctica del requerimiento de pago a uno de los cónyuges deudores. Inexistencia de indefensión formal.**—El TS declara que el hecho de que el requerimiento judicial de pago se realice en la persona de uno de los cónyuges que conviven juntos, no provoca indefensión contraria al artículo 24 CE, ni puede justificar el desconocimiento real y efectivo de esta situación procesal por el otro cónyuge. (STS de 17 de octubre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los esposos don L. R. G. y doña M.ª P. B. A. son propietarios de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, en la siguiente proporción: el ochenta por ciento con carácter de bien privativo de la mujer, y el veinte por ciento restante como bien ganancial. En 1988, el matrimonio suscribe un préstamo con la *Caja Rural Provincial de Ciudad Real* por tres millones de pesetas, en garantía del cual se constituye hipoteca sobre la finca mencionada. Al incumplirse por los prestatarios las condiciones de devolución pactadas, la entidad crediticia interpone el correspondiente procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.

En noviembre de 1989 es practicado el requerimiento de pago al marido en el domicilio designado en la escritura de constitución

del crédito por los demandados, quienes, una vez requeridos de pago, no se personan en el procedimiento judicial sumario. La notificación del lugar, día y hora de celebración de la subasta no es efectuada en la finca subastada, sino que se intenta su realización por correo certificado en el domicilio pactado. Al resultar devuelta y sin recibir la comunicación, el Juzgado acuerda la notificación por cédula, que es practicada por un agente judicial en la persona de un vecino –al no encontrarse pariente cercano, familiar o criado– a quien se le comunica el objeto de la misma y se le solicita información sobre el paradero de los demandados, que manifiesta ignorar. Ante el desconocimiento del domicilio, se efectúa la publicación de los edictos de las subastas con expresión de la fecha, hora y lugar de celebración en el *Boletín Oficial de la Provincia y del Estado*, así como en los tabloneros correspondientes.

En julio de 1990, la mercantil *Hijos de Dionisio Grande, S. A.* comunica a los esposos que la finca hipotecada había salido a subasta y les había sido adjudicada. Éstos se personan en el mencionado procedimiento judicial sumario e instan la nulidad de actuaciones a partir de la providencia de 20 de octubre de 1989, por la que se admite la demanda y se ordena la práctica del requerimiento de pago a los demandados, cuya solicitud es desestimada por el Juzgado mediante auto.

El matrimonio interpone recurso de amparo contra el referido auto, aunque el TC declara que ninguna de las irregularidades aducidas genera en los recurrentes una indefensión material contraria al artículo 24 CE.

Posteriormente, don L. R. G. y doña M.<sup>a</sup> P. B. A. demandan por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, entre otros, a *Hijos de Dionisio Grande, S. A.* y a la *Caja Rural Provincial de Ciudad Real*. Los demandantes solicitan la nulidad de actuaciones en los autos de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH así como la cancelación, nulidad o rectificación de las inscripciones registrales practicadas en virtud del auto de adjudicación recaído en el procedimiento de referencia. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda. Esta sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.–La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha suprimido los procedimientos judiciales hipotecarios y, en particular, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sin embargo, el Capítulo V de la nueva LEC recoge prácticamente todas sus especialidades. Como consecuencia de ello, la DF 9.<sup>a</sup> LEC ha dado una nueva redacción a los artículos 129 a 135 LH. (*M. C. C. M.*)

## DERECHO DE FAMILIA

**70. Confesión en escritura pública: artículo 1324 CC.**–La confesión regulada en el artículo 1324 CC tiene eficacia probatoria *inter partes*, en el

ámbito de las relaciones de los cónyuges, quedando a salvo los intereses de los herederos forzosos del confesante y los acreedores. La jurisprudencia ha reconocido la eficacia *inter partes* del artículo 1324 CC y la prevalencia de las manifestaciones de las partes interesadas, en cuanto a la atribución del carácter privativo de los bienes por confesión de una de las partes. (*Vid.* STS de 18 de mayo de 1992.)

La confesión del cónyuge en la escritura de capitulaciones matrimoniales admite prueba en contrario, siempre que éstas sean eficaces y contundentes. (STS de 25 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. M.<sup>a</sup> S. H. interpuso demanda contra doña M.<sup>a</sup> D. B. M. en la que solicitó que se declarase que una finca perteneció desde la compra a la sociedad legal de gananciales y que, como consecuencia de la venta de la misma, doña M.<sup>a</sup> D. B. M. debía a don J. M.<sup>a</sup> S. H. la cantidad de ocho millones de pesetas. La demandada alegó que el actor había realizado una confesión en escritura de capitulaciones matrimoniales en la que reconocía que la finca la había comprado doña M.<sup>a</sup> D. con caudal privativo. Sin embargo, no se realizó esta prueba ya que don J. M.<sup>a</sup> aportó un documento privado suscrito con la esposa, en la misma fecha que la escritura que actuaba como convenio regulador de la separación matrimonial, y en el cual el recurrente sólo manifestó su voluntad de no renunciar en el caso de venta de la finca a la parte que le corresponda en el precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, así como la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Posteriormente, don J. M.<sup>a</sup> interpuso recurso de casación.

**NOTA.**—En la sentencia anotada el TS entendió que el reconocimiento explícito en la confesión de la privaticidad de la finca no quedó anulado por el documento privado, que no admitía la condición de ganancial del bien y de este modo, «no ha concurrido prueba en contrario que desvirtúe la eficacia de la escritura pública». (FD 1.º). (*M. C. L. J.*)

**71. Tercería de dominio.**—La tercería de dominio tiene por fin liberar del embargo bienes indebidamente trabados teniendo presente la situación de dominio existente en la fecha de la traba, sin poder tomar en consideración situaciones surgidas con posterioridad. Además, la justificación documental del tercerista ha de estar referida a la fecha de realización del embargo. (*Vid.* STS de 14 de marzo de 1994.)

La tercería de dominio es el medio idóneo, no para reivindicar la mitad de los bienes gananciales, sino para oponerse a la traba de los mismos, previa discusión acerca de la naturaleza ganancial del débito y el alzamiento del embargo ante deudas privativas como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Mediante la tercería, el cónyuge no deudor puede intentar el levantamiento de la traba sobre los bienes comunes.

**Aval: carácter privativo de la deuda del cónyuge.**—En el supuesto de que en el aportado por un cónyuge, sin el consentimiento del otro, hubiese predominado la nota de liberalidad, no hubiese constado que fuese en beneficio de la familia y no se hubiese notificado el proceso de ejecución en marcha al otro cónyuge, el aval revestiría el carácter de deuda privativa. Sin

embargo, la situación en el supuesto analizado es distinta debido a que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial que resultaba beneficiaria de las actividades negociales y al cónyuge le fue notificado el proceso por lo que ejercitó la facultad que le otorga el artículo 1373 CC. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. M. como socio mayoritario y administrador único de transportes, *Hermanos M.*, S. A., constituyó un aval a favor de dicha sociedad para garantizar la operación financiera que concertó con *BBV Leasing*, S. A.. Como consecuencia de impagos, *BBV* planteó juicio ejecutivo y se procedió a la traba de los bienes gananciales sobre los que se proyecta la tercería de dominio promovida por la recurrente, doña M.<sup>a</sup> D. M. S., esposa de don A. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Igualmente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Posteriormente, la sentencia es recurrida en casación.

NOTA.—El TS ha reconocido la responsabilidad de los bienes gananciales en forma directa por las deudas de un cónyuge comerciante. El artículo 6 CCO establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado (a tenor del art. 7 CCO) cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo. La jurisprudencia ha declarado que los bienes gananciales, conforme a la normativa mercantil, quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos.

En tanto no se disuelva y liquide la sociedad ganancial, no se le atribuye al cónyuge la condición de tercerista, ya que sólo se le atribuye un derecho expectante, y dicho derecho no le legitima para entablar tercería de dominio (*vid.* SSTS de 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994, 26 de junio de 1997 y 30 de diciembre de 1999). Sin embargo, el TS reconoce la condición de tercero al cónyuge, a espaldas del cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, constitución de un aval en un contrato de préstamo mercantil, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes gananciales, sin que, en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del proceso contra su consorte, como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales (*vid.* SSTS de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989 y 16 de noviembre de 1990).

El TS señaló que se trataba de una deuda derivada de la actividad comercial del marido, administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, ya que la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo constituyendo medio económico para el sustento de la familia. (*M. C. L. J.*)

**72. Filiación no matrimonial: negativa a pruebas biológicas, acordadas para mejor proveer: tendencia a incrementar su valor probatorio.**—La tendencia a aumentar cada vez más el valor probatorio de la conducta negativa del demandado se da en las últimas sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> (SS de 17 de noviembre 1997, 3 de octubre de 1998 y 28 de marzo de 2000), y en el mismo sentido la STC de 7/1994. Cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135 *in fine* CC que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. (STS de 27 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Hay una doctrina jurisprudencial muy consolidada ya de la Sala 1.<sup>a</sup>, de la que pueden ser ejemplos recientes las SSTS de 22 y 29 de mayo de 2000 (extractadas, respectivamente en *ADC*, 2001, p. 1823 ss., nota G. G. C., y p. 1827 ss. y nota Monge Balmaseda). Cabe, no obstante, encontrar alguna sentencia redactada con algún criterio restrictivo, basado en el temor a la atribución de una filiación equivocada (así STS de 30 de mayo de 2000, en *ADC*, 2001, p. 1825 ss., nota G. G. C.). Acaso influyeron, por otra parte, razones humanitarias para rechazar la demanda interpuesta contra un anciano de noventa y un años, en precarias condiciones de salud (en *ADC*, 2001, p. 1831, nota Monge Balmaseda). (G. G. C.)

**73. Acciones de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de la no matrimonial ejercitadas por la madre: negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas: doctrina general.**—La Sala 1.<sup>a</sup>, especialmente desde la STC de 17 de enero de 1994, reiterada por la de 16 de febrero de 2001, ha mantenido que la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola, ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En tal caso, no es lícito desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y prive de una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.

**Juicio de verosimilitud.**—La actora ha explicado con todo detalle, con la clandestinidad que conlleva una relación doblemente adulterina, sus relaciones con el supuesto padre; el reconocimiento por éste de haber estado en la casa donde ella residía; la relación laboral en la que el demandado era el

esposo de la dueña del establecimiento que frecuentaba; el despido de la demandante al poco de nacer su hija, luego declarado nulo por el Juzgado de lo Social. Todo lo cual no es un conjunto de pruebas, sino que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a estimar la demanda, al sumarse a la negativa a practicar la prueba biológica.

**Violación del artículo 127 CC: evitar situaciones absurdas en cuanto a la filiación paterna.**—Se ha infringido el artículo 127 CC en el sentido de no haber valorado la sentencia de instancia, adecuadamente, la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, y así determinar incuestionablemente la paternidad; siendo necesario casar la sentencia de la Audiencia Provincial que ha llegado a la situación *ab absurdum* de apreciar la acción accesoria de impugnación de la paternidad marital y desestimar la de reclamación de paternidad, quedando así el hijo menor sin paternidad matrimonial ni extramatrimonial. (STS de 3 de noviembre de 2001; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Juzgado de Primera Instancia desestima las dos acciones que ejercita la madre, mientras que la Audiencia Provincial estima la acción de impugnación de la filiación de paternidad matrimonial, y desestima la de paternidad no matrimonial, porque la negativa del demandado a prestarse a las pruebas biológicas, no está, a su juicio, acompañada de forma incontrovertible de otras pruebas. Hay dos citaciones para la prueba biológica, en 1992 y en 1995, y entremedias consta que el demandado ha sufrido un accidente el 9 de marzo de 1993, encontrándose en coma estructural el 15 de marzo siguiente, sin que se haya alegado imposibilidad de realizar la prueba en ningún momento.

No parece adecuada calificar de situación *absurda* a la que conduce la sentencia de la Audiencia Provincial, acaso podría denominarse *paradójica*, sino que se trata de la consecuencia del hecho propio de la madre de la menor, nacida ésta de una relación doblemente adulterina. Es una exigencia legal la acumulación de la acción de impugnación con la de reclamación. La primera podría calificarse de accesoria o instrumental respecto de la segunda; pero, en sí misma, y para el menor tiene tanta trascendencia jurídica y humana como la segunda. No es lo mismo ser hija matrimonial que carecer de padre legal. La actora debió haber contado con una suerte procesal diversa seguida por las dos acciones que, no sin audacia, ejercitó, como ocurrió en este caso en segunda instancia. La cualidad de hijo de padre legalmente desconocido es una situación posible en nuestro ordenamiento, y no por ello propiamente absurda. Entiendo que, de producirse, nunca debe influir en el juzgador a la hora de resolver la segunda acción. Por otra parte, esa situación intermedia de coma estructural del demandado, que recoge la sentencia, pudo afectar a la no comparecencia en segunda citación. *Sibi imputet?* Ciertamente, pero no se olvide que los juicios de filiación son especiales con cierta intervención pública. (G. G. C.)

**74. Acción de reclamación de filiación no matrimonial. Valor de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.**—Es doctrina consolidada aquella que entiende que, en orden a la interpretación del artículo 135 CC son

admisibles dos clases de pruebas: las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas antropomórficas o hematológicas; y las indirectas, o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*. La protección integral de los hijos *ex* artículo 39.2 CE posibilita la práctica de todas aquellas pruebas que sean necesarias para la investigación de la paternidad, pruebas entre las que se encuentra la prueba hematológica. La práctica de la misma despliega todos sus efectos probatorios en los supuestos dudosos en los que los demás medios de prueba no son suficientes para demostrar que la demanda no es frívola ni torticera, pero por otra parte no son por sí solo suficientes para revelar con seguridad las paternidades. La negativa del demandado a someterse a la prueba hematológica si bien no tiene el carácter de prueba tasada, y, por tanto, no se entiende como *facta confessio* (STC de 17 de enero de 1994; SSTS de 18 de mayo y 20 de octubre de 1994, 23 de diciembre de 1996, 23 de junio, 21 de julio y 19 de noviembre de 1997, 28 de febrero, 13 de marzo, 22 de junio y 19 de septiembre de 1998).

**Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado.**—La práctica de la prueba hematológica en el curso de un proceso de filiación es plenamente conforme con el mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 CE. Siempre que el juez entienda pertinente la práctica de la misma, no puede entenderse que conlleve un grave riesgo ni un quebranto para la salud. En tales procesos, el hecho de que la fuente de la prueba se encuentre de manera exclusiva en poder de una de las partes, puede conducir a la indefensión de la parte demandante, contraria, por supuesto al artículo 24.1 CE, como sucede en los supuestos en los que se produce una negativa injustificada de someterse a la prueba biológica. Además, conforme al mandato constitucional del artículo 118, existe un deber genérico de « ...prestar la colaboración debida ...», a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, y más aún en supuestos como los de filiación en los que la fuente de la prueba de mayor fiabilidad se encuentra en poder de una de las partes. (STS de 20 de julio de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña P. M. H., en representación de su hija menor de edad R. M. H., interpuso demanda en la que solicitaba que se dictara sentencia en la que se declarara la filiación no matrimonial de su hija con respecto al demandado don F. M. L. Quedó probado en el juicio que entre diciembre de 1981 y abril de 1982, existieron relaciones sentimentales entre la demandante y el demandado, con una más que razonable posibilidad de relaciones sexuales entre ambos, por habérselo reconocido el demandado a uno de los testigos. También quedó acreditado según manifestaciones de uno de los testigos que la demandante tuvo relaciones sexuales con el mismo y con otra persona en la misma época. Por el contrario, no quedó probado que el demandado estuviera impedido físicamente en aquel momento para mantener relaciones sexuales. Todo ello unido a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, llevaron a la estimación de la demanda, declarando la filiación del demandado con respecto a la menor R. M. H. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto y frente a dicha resolución se formuló recurso de casación por la representación de la parte demandante, fundado, entre otros motivos, en la infracción de los artículos 1249 y 1253 CC, así como de la jurisprudencia aplicable al caso.

NOTA.—La sentencia que anotamos, además de volver a reiterar la doctrina del TS acerca del valor que hay que atribuirle a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, apunta la necesidad de *lege ferenda* de regular la situación que se produce como consecuencia de la negativa del demandado, de manera similar a otros ordenamientos en los cuales la negativa a la práctica de la misma se sanciona con multa disciplinaria, autorizándose incluso apremios directos. La negativa del demandado se valora no como prueba concluyente sino como indicio, siendo necesaria la concurrencia de otros indicios o pruebas que, en su conjunto, permitan mantener la razonable posibilidad del acceso carnal al tiempo de la concepción, y por ende, lleve a la determinación de la filiación solicitada. (R. D. O.)

**75. Reclamación de filiación no matrimonial. Valor de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Exclusión del carácter de *ficta confessio*.**—El TS ha reiterado en numerosas ocasiones (SSTS de 2 de febrero de 1992, 8 de mayo de 1995, 22 de marzo y 24 de junio de 1996, 8 y 11 de mayo de 1999 y 25 de julio de 2000, entre otras), que la negativa del demandado a someterse a la correspondiente prueba hematológica no implica *ficta confessio*, aunque sí revela un indicio, de carácter intenso, « ... *que se integra en una prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar una decisión estimatoria de la filiación reclamada*» (FJ 3.º). La negativa a someterse a la prueba se integra en todo el conjunto probatorio que, en el caso, resulta favorable a las pretensiones del demandante. (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La representación de don J. M. G. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda contra don J. M. B., solicitando que se declarara su filiación extramatrimonial con respecto al demandado, con todos los derechos legales inherentes. Tal y como consta en la diligencia del Instituto Nacional de Toxicología, requerido el demandado para la práctica de la prueba hematológica, no se personó en dicho centro el día fijado para proceder al análisis correspondiente sí haciéndolo el demandante y su madre. El Juez de Primera Instancia en su sentencia estimatoria de la demanda entendió como probado, en primer lugar, que en las fechas próximas a la concepción, año 1933, la madre del demandante no tuvo relaciones con sujetos distintos del demandado y que se dieron las circunstancias propicias al acceso carnal; igualmente que, durante toda la vida, el demandante ha sido tenido en concepto público como hijo del demandado y conocido en el pueblo como «Rabosín», diminutivo del apodo del demandado; y, finalmente, que en el bautismo recibió el demandante el mismo nombre que el demandado, J. M. Conjugadas dichas pruebas con la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, se dictó sentencia declarando que don J. M. G. era hijo extramatrimonial del demandado. Desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, se formuló recurso de casación basado en la infracción del artículo 24.1 CE. El TS, en S de 28 de febrero de 1998, (RJ 1998/993), casó el recurso y revocó la sentencia de

la Audiencia Provincial, al entender que en el caso no se había producido la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sino que, dada su avanzada edad, así como su delicado estado de salud, fue imposible la práctica de la prueba de confesión judicial, y sin que hubiera sido requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica. La parte demandante interpuso recurso ante el TC, fundamentando jurídicamente la demanda de amparo en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, afirmando la parte que la parte demandada sí fue citada personalmente para la práctica de la correspondiente prueba hematológica, a la que no se personó, tal y como consta en los autos. El TC por S de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/55) declaró vulnerado el derecho del recurrente en amparo, a la tutela judicial efectiva, y anuló la STS de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998/993), retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la misma.

NOTA.—La sentencia que anotamos trae causa de la STS de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998/993), en la cual el TS se basó en la edad y en el delicado estado de salud del demandado para entender que no se había producido su oposición a la práctica de la prueba. Interpuesto recurso de amparo por la parte demandante, el TC entiende que se ha producido por parte de la Sala de lo Civil del TS un «error patente» con relevancia constitucional, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (FJ 3.º y 4.º, STC de 26 de febrero de 2001, RTC 2001/55). Con cita de la jurisprudencia del Alto Tribunal al respecto (SSTC de 30 de marzo de 1998, RTC 1998/68; 10 de abril de 2000, RTC 2000/99; 12 de junio de 2000, RTC 2000/150; y 18 de septiembre de 2000, RTC 2000/217), el TC viene a declarar que para que la indebida apreciación de los datos fácticos, llegue a producir vulneración de la tutela judicial efectiva, es necesario, en primer lugar, que el error haya sido determinante de la decisión adoptada (*ratio decidendi*); que la equivocación sea atribuible al órgano judicial; en tercer lugar, que el error sea patente, esto es, inmediatamente verificable; y, finalmente, que la equivocación haya producido efectos negativos en la esfera del ciudadano (FJ 4.º). El error patente se produjo al afirmar el TS que la práctica de la prueba biológica no se llevó a cabo, no por negativa del demandado, sino por no haber sido requerido personalmente para la práctica de la misma, cuando de los autos del proceso se desprendía lo contrario. (R. D. O.)

**76. Reclamación de filiación no matrimonial. Carácter de la prueba hematológica. Requisitos.**—Para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación tanto la reiterada jurisprudencia del TS como la doctrina del TC señalan al respecto que para evitar demandas frívolas o torticeras, carentes de fundamento, la ley establece en dos momentos distintos sendas barreras o límites para evitar que se interpongan demandas sin fundamento. Así, en primer lugar, es necesaria la presentación de un principio de prueba de los hechos en los que la demanda se funde (art. 127.2 CC). En segundo lugar, y

con respecto a la prueba biológica, la práctica de la misma sólo procederá en aquellos supuestos en los que no sean «*impertinentes o inútiles*» (art. 566 LEC de 1881) (FJ 4.º B, STC de 17 de enero de 1994, RTC 1994/7). Admitida, la práctica de la misma no vulnera, los derechos a la intimidad e integridad física del demandado, siempre y cuando: la intromisión no pueda considerarse ni degradante ni contraria a la dignidad de la persona; en segundo lugar, exista una causa prevista en la Ley que justifique dicha medida. En este caso es indudable que el mandato constitucional del artículo 39.2 CE, que declara que «*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*», así como el artículo 14 del texto constitucional en cuanto a la exclusión de cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, son base legal más que suficiente para justificarla. En tercer lugar, cuando sean indispensables, ya que si la evidencia sobre la paternidad puede alcanzarse mediante otras pruebas, no se puede proceder a disponer la práctica de la misma. De la misma manera no procederá la práctica de la misma cuando para quien tenga que soportarla suponga un riesgo para su salud. Y, finalmente, es necesario que exista una proporción entre la medida adoptada y la finalidad, de modo que la resolución ha de estar necesariamente motivada. (FJ 3.º, STC de 17 de enero de 1994, RTC 1994/7).

**Citación a través de procurador para la práctica de la prueba. Carácter no personal de dicha citación.**—No puede entenderse que la citación a través del procurador no tiene carácter personal, puesto que, conforme a los artículos 2 y 271, párrafo segundo, LEC de 1881, representan a las partes en el juicio, para que, precisamente, sean realizadas a través de los mismos las citaciones y los emplazamientos de sus poderdantes. La no comparecencia del demandado para la práctica de la prueba ha de entenderse que responde únicamente a su voluntad contraria a la práctica de la misma. Como ha reiterado en numerosas ocasiones el TS, la negativa del demandado a someterse a la correspondiente prueba biológica, no puede entenderse como *ficta confessio*, no tiene carácter de prueba tasada, sino, por el contrario, de indicio que ha de ser necesariamente integrado en el conjunto probatorio. (STS de 18 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. P., interpuso demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se declarara su filiación no matrimonial con respecto a don M. S. A., con todos los efectos legales y registrales que dicha situación conlleva. Citado el demandado en dos ocasiones a través de su procurador para la práctica de la correspondiente prueba biológica, no compareció. Reconocido por el demandado que conoció a la madre del demandante en su juventud, y afirmada mediante prueba de testigos la relación de noviazgo que entre ambos existió, así como la declaración testifical de la propia madre del demandante con relación a las características de su noviazgo con el demandado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la filiación del demandante con respecto a don M. S. A. Recurrida la misma ante la Audiencia Provincial por la parte demandada, el recurso fue desestimado. La representación de la parte demandada interpuso recurso de casación.

NOTA.—El TS viene a reiterar su doctrina acerca de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. En el caso que anotamos el TS entiende que la negativa del demandado

a someterse a las pruebas biológicas no puede justificarse en el carácter no personal de la citación, pues la misma se realizó debidamente a través de su procurador, representante legal del demandado en el juicio. (R. D. O.)

**77. Presupuestos de la exclusión de la patria potestad ex artículo 111 CC. Filiación determinada «contra su oposición».**—La exclusión del ejercicio de la patria potestad en los supuestos recogidos en el artículo 111 CC, responde a circunstancias verdaderamente graves, cuales son que la generación del hijo obedezca a relaciones que hayan determinado la condena penal del progenitor, o cuando la filiación haya sido impuesta judicialmente pese a la oposición del progenitor. En dichos supuestos, la exclusión de la patria potestad lleva igualmente inherente la no ostentación por el hijo de los apellidos del progenitor, salvo lo establecido en el artículo 111.I.2.º CC. Tal y como afirma el TS (FD 2.º), la identificación del sujeto a través del nombre y de los apellidos (art. 109 CC), con independencia del orden con que se establezcan según las últimas modificaciones legales al respecto, constituye «*un patrimonio moral del hijo y un patrimonio de la familia en la que éste queda integrado*».

Sin embargo, no puede entenderse que la filiación ha sido «*determinada contra su oposición*», artículo 111.I.2º1, cuando en el proceso el demandado «*no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió*». El derecho a la defensa no puede equiparse, por tanto, con oposición del progenitor, la cual para que dé lugar a la exclusión ha de ser verdadera y formal oposición. De la misma manera, tampoco puede equiparse con la actitud pasiva del declarado rebelde o del sujeto que se allana. (STS de 10 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª J. E., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se declarara que su hijo D. E. era hijo no matrimonial de don M. D., así como la correspondiente rectificación del asiento registral, y una pensión alimenticia de 90.000 pesetas mensuales, actualizable anualmente de acuerdo con la correspondiente variación del IPC Estimada parcialmente la demanda, se declaró que D. era hijo no matrimonial de don M., y que, en consecuencia, a partir de ese momento ostentaría los apellidos D. E., condenando igualmente al demandado a pago de 65.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos a favor de D. Recurrida la sentencia en apelación por la parte demandante, fue desestimado el recurso. Interpuesto recurso de casación frente a la misma por la parte actora, se formuló el mismo sobre la infracción del artículo 111.II CC.

NOTA.—El TS viene a pronunciarse acerca de la aplicación del artículo 111, en cuanto a la solicitud de «exclusión» de patria potestad. Ya en la S de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999/746) el TS vino a delimitar los supuestos de «privación», «exclusión» y «extinción» de la patria potestad, que responden cada uno de ellos a distintos presupuestos. Así mientras la «extinción», responde a circunstancias tales como la emancipación del hijo, su adopción o la muerte o declaración de fallecimiento bien de los padres o bien de los hijos (art. 169 CC), la «privación», por el contrario, tiene su

causa en un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 170 CC). Por lo que a la «exclusión» se refiere (art. 111 CC), no puede entenderse que equivale, en ningún caso, a la privación, ya que como el propio artículo 111 prevé, «*quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*». El TS entiende que no procede la exclusión de la patria potestad en el caso enjuiciado porque no pueden confundirse oposición con defensa. Tampoco cabe la aplicación analógica del artículo 111 CC, en concreto el núm. 2, a un supuesto en el que ejercitada la acción de impugnación de filiación matrimonial, se produce el desistimiento del demandante, por ser el citado núm. 2 del artículo 111 CC una norma de carácter sancionador (FD 2.º, STS de 11 de mayo de 1995 [RJ 1995/4230]). *Vid.* al respecto, Muñiz Espada, «La sanción del artículo 111 núm. 2, del Código civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», *RJN*, 1994, pp. 119 y ss.; y Rivero Hernández, F., *Comentarios al artículo III del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 434-437. (R. D. O.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**78. Acción de petición de herencia. No es incongruente la sentencia totalmente estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvencción, ni adolece de falta de motivación cuando se expresa la razón fundamental del fallo. Sólo exigen respuesta pormenorizada en la sentencia las peticiones y no las alegaciones de parte, pudiendo deducirse la respuesta a aquéllas incluso implícitamente del conjunto de la resolución.**—El motivo así planteado ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, porque la sentencia recurrida, al estimar totalmente la demanda por la causa de pedir alegada en la misma y desestimar totalmente la reconvencción, no dejó de resolver ninguno de los pedimentos de las partes ni fundó su respuesta en hechos distintos de los alegados por los litigantes; segunda, porque según doctrina del TC se cumple el deber de motivar las sentencias cuando éstas expresan la razón causal del fallo y permiten así conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, sin que por tanto resulte exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96, entre otras), exigencia que es la que preside este motivo cuando en realidad viene a reprochar a la sentencia recurrida no haber acogido la tesis del negocio fiduciario que interesaba al recurrente; tercera, porque en consonancia con la doctrina anteriormente expuesta, también tiene declarado el TC que en materia de congruencia debe distinguirse entre peticiones y alegaciones, ya que solamente las primersas requieren una respuesta pormenorizada (SSTC 56/96, 58/96, 16/98, 1/99, 94/99 y 132/99), puntualizando además la STC 1/99 que cabe la respuesta judicial implícita cuando se deduzca de los razonamientos de la sentencia en su conjunto; y cuarta, porque la sentencia ahora recurrida, al considerar que los demandados-reconvientes habían contribuido con sus aportaciones económicas a que su hijo adquiriera tanto el vehículo como la licencia, pero también que de esa con-

tribución no derivaba «*un subyacente derecho de propiedad*» del padre que tendría como punto de partida el carácter meramente administrativo del título (FJ 3.<sup>o</sup>), está rechazado muy claramente, aunque con un razonamiento breve, la tesis del negocio fiduciario, por más que tal rechazo y el razonamiento correspondiente no satisfagan al recurrente.

**La contribución económica de una persona para que un familiar adquiera un bien no atribuye indefectiblemente a aquélla la propiedad del mismo una vez muerto el beneficiario.**—La realidad es que la decisiva contribución económica del recurrente para la adquisición del vehículo y la licencia a favor de su hijo no puede tener el efecto de atribuirle a aquél la propiedad con arreglo a los artículos que cita, sino la de una donación de dinero o una atribución patrimonial voluntaria a uno de sus hijos muy usual en la vida normal de una familia y que tiene su propio régimen para cuando se abra la sucesión de quien hizo tal atribución.

**No puede fundamentarse el recurso de casación en un argumento vertido en la sentencia de instancia *obiter dictum*.**—En definitiva, el argumento de la sentencia combatido por el recurrente no constituye razón esencial del fallo impugnado, y por tanto el motivo ha de ser desestimado en consonancia con la jurisprudencia de esta Sala al respecto (SSTS de 15 de abril de 1999 en recurso 2945/94, 29 de diciembre de 2000 en recurso 3633/95 y todas las que en las mismas se citan).

**Los riesgos derivados de la dificultad de probar la existencia de un negocio fiduciario corren paralelos a las ventajas que reporta la apariencia jurídica.**—Se está, pues, ante un caso al que es aplicable lo razonado por esta Sala en su reciente S de 16 de julio del corriente año (recurso núm. 1505/96), a cuyo tenor «resulta incuestionable los beneficios que pueden derivarse del juego de la apariencia jurídica, pero corren paralelos los riesgos derivados de la dificultad de su prueba cuando se trata de revocar la fiducia depositada. Y en el caso sucede que la parte actora pretende que se da una situación de *fiducia cum amico* pero no aporta la prueba precisa para poder acoger tal afirmación». Y es que no puede desconocerse que mientras la versión de los hechos ofrecida en el escrito de contestación-reconvencción adolecía de algunas incoherencias difícilmente salvables, como la persistencia del estado de cosas tras situarse profesionalmente el otro hijo de los demandados-reconvientes y contraer matrimonio el hijo titular del vehículo y la licencia, y además poco compatibles con el propio régimen jurídico de la licencia para autotaxis, especialmente riguroso en orden a su transmisibilidad. (STS de 24 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La viuda de un taxista fallecido, en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor de edad, demanda a sus suegros para que le hagan entrega del vehículo destinado a taxi que explotaba su marido. Éstos reconviene alegando la existencia de un negocio fiduciario entre ellos y sus dos hijos —entre los cuales estaba el fallecido—, en cuya virtud los padres entregaron el dinero necesario para la adquisición del vehículo y el pago de la licencia —que se obtuvo a nombre del fallecido— y a tenor del cual la propiedad del vehículo les corresponde. El Juzgado desestimó la demanda por falta de suficiencia del poder del procurador, sin entrar a conocer del fondo del asunto. La Audiencia revocó esta sentencia, estimando totalmente la demanda y desestimando por completo la reconvencción. Recu-

rrida esta sentencia en casación, el TS declara no haber lugar al recurso, por no haberse acreditado la existencia de dicho negocio fiduciario. (M. C. B.)

**79. Herencia en favor de una fundación no constituida, que tiene una personalidad jurídica condicionada a la preceptiva formalización.**—El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 CC les reconoce capacidad para adquirir por testamento.

**Toma de posesión del bien por constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal y venta de pisos y locales. Diferencia con la acción de petición de herencia.**—En el caso de autos no hubo ejercicio de acción de petición de herencia, la que primordialmente tiende al reconocimiento de la calidad de heredero (S de 21 de junio de 1993), ya que la fundación en tal condición, accedió a la posesión y titularidad dominical del inmueble cedido por la testadora doña A. C. C. (cláusula 6.ª de su testamento, otorgado el 27 de junio de 1914), pues se otorgó escritura de constitución de propiedad horizontal (18 de mayo de 1990) y se procedió a la venta de pisos y locales.

**Poseción de hecho y en nombre de otra persona.**—No resulta de recibo casacional la declaración atacada en el motivo que contiene la sentencia respecto a que la hija y nietas de dicha doña F. C. L., poseyeron el bien por tolerancia del dueño, sino que lo hicieron en concepto de usufructuarias, de forma pública, pacífica y no interrumpida, ya que esta condición, ni por actos *inter vivos* ni de última voluntad, le fue otorgada. Se trata de una posesión de hecho, para otro (art. 431 CC), que era la Fundación Piadosa, no constituida, titular dominical de la casa, en cuanto la testadora dispuso su venta y aplicar el precio obtenido a la celebración de tres misas rezadas diariamente por su alma y para limosnas. (STS de 18 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La testadora dispuso que un edificio de su propiedad fuera vendido y se aplicase su precio a la celebración de tres misas diarias por su alma y para limosnas, creando una fundación para cumplir ese fin. También otorgó en favor de su tía un usufructo vitalicio sobre la mencionada finca. Al fallecimiento de la testadora y de la usufructuaria, el edificio fue poseído por la hija y las nietas de esta última, hasta que los ejecutores testamentarios constituyeron la Fundación, que posteriormente aceptó la herencia, constituyó un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio y vendió los pisos y locales que lo componían. El Estado ejercitó posteriormente demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la fundación y las anteriores poseedoras del edificio, solicitando se declarase que éste era de su propiedad, por considerarlo vacante. Se opusieron todas las codemandadas, y formularon reconvencción las anteriores poseedoras, solicitando que se declarase que habían adquirido el inmueble por usucapión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción, al considerar que los bienes nunca habían estado vacantes, que habían pertenecido a la Fundación y que la posesión por las codemandadas reconvinientes había sido de hecho y en nombre de la Fundación, y por lo tanto, insuficiente para producir la usucapación. Recurrida la sentencia por el Estado, la Audiencia Provincial y el TS desestimaron los recursos. (L. F. R. S.)

**80. No es renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos.**—La renuncia, si no es expresa, debe ser clara y concluyente para ser apreciada como tácita; nunca ha sido considerada como renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos: ambas son declaraciones jurisprudenciales reiteradas e indiscutidas.

**No cabe confundir la falta de exigencia del cumplimiento de las garantías de la reserva con la renuncia a la reserva misma.**—De ello se deriva, en primer lugar, que la realidad de que los reservatarios no exigieran el cumplimiento de las garantías de la reserva que se constituyó a su favor por el segundo matrimonio del padre, no implica en modo alguno, renuncia tácita de la reserva. En segundo lugar, que el escrito, en documento privado, del padre, futuro reservista (aún no había contraído matrimonio) y futuros reservatarios, no es una renuncia tácita a la reserva futura, como ha interpretado la sentencia de instancia, puesto que tal escrito se titula «información detallada acerca de los bienes y títulos poseídos por la sociedad conyugal en el momento del fallecimiento de la esposa, doña P. B. M. y propuesta privada de definitiva distribución de la parte de caudal hereditario pendiente de reparto» y se llega al acuerdo: «los abajo firmantes prestan su total conformidad a las obligaciones y derechos que se deriven de la distribución definitiva de la herencia (de la madre) en la forma que antecede y que voluntariamente aceptan», del escrito nada se deduce acerca de la reserva aún no nacida y, mucho menos, una renuncia tácita.

**La renuncia a la reserva sólo puede ser expresa.**—La S de 22 de junio de 1995 explícitamente reitera la doctrina que expuso la anterior de 3 de marzo de 1959 en el sentido de que se exige la forma expresa, como dice el propio artículo 970 CC y mantiene la doctrina científica, en la renuncia de la reserva.

**Inexistencia de reserva troncal, al no constar que el supuesto reservista haya adquirido bienes del hijo fallecido.**—Faltan los presupuestos de la reserva: no consta que el padre, supuesto reservista, haya sido declarado heredero de su hijo, causante de la reserva, ni procede declararlo en la presente resolución, en cuyo proceso no se ha pedido; ni tampoco consta que haya habido transmisión de bien alguno de hijo al padre; por tanto, no aparece que el viudo don J. G. haya adquirido bienes del hijo de su primer matrimonio, ni que exista título de adquisición.

**No es incongruente la sentencia que concreta un importe determinado y evita la discusión en la fase de ejecución.**—Nunca se ha entendido que incurre en el vicio de incongruencia el supuesto de la sentencia que concreta en un *quantum* un importe determinado. Así, al considerar producida una donación indirecta, que da lugar a la colación de la misma, fija el importe evitando la *litis* que se produciría en la fase de ejecución de la sentencia. Lo cual es correcto y no atenta a la congruencia de la sentencia, ya que ésta

estima y concreta el pedimento séptimo del suplico de la demanda, sin ir más allá del mismo.

**Prueba que perjudica a la parte recurrente y no puede ser combatida en casación.**—El motivo decae por un doble razonamiento: no se ha infringido la doctrina de la carga de la prueba que proclama el artículo 1214 CC mencionado, puesto que no hay falta de prueba sino prueba de un hecho que perjudica a la parte recurrente (en este sentido, entre otras muchas, SS de 25 de enero, 22 de septiembre, 27 de noviembre, 5 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001); y no cabe combatir los hechos de los que la sentencia de instancia parte como acreditados, por no admitirse en casación hacer supuesto de la cuestión (SS de 16 de marzo, 17 de mayo y 15 de diciembre de 2000, 31 de enero y 3 de mayo de 2001). (STS de 18 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Del matrimonio de doña P. y don J. nacieron cinco hijos. Al fallecer doña P. en 1966, el viudo y sus hijos liquidaron la sociedad de gananciales y partieron la herencia en 1967, de la que don J. recibió el legado del tercio de libre disposición y la legítima de cuota en usufructo. Posteriormente, don J. contrajo segundas nupcias con doña E. en junio de 1970; el hijo mayor del primer matrimonio falleció intestado en agosto de 1970, soltero y sin descendencia. En 1987, don J. y doña E. otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales por las que pactaron el régimen de separación de bienes y liquidaron el régimen de gananciales hasta entonces existente. En 1988, don J. vendió a doña E. la tercera parte indivisa de la nuda propiedad de una casa que se había adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales de su primer matrimonio y partición de la herencia de su primera esposa. Después de fallecer don J. en 1992, tres de sus hijos demandaron a su viuda, a otra hija del difunto y al albacea de éste. La demanda contenía doce pedimentos, de los que destacaban la petición de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de 1967; la declaración de que los bienes recibidos por don J. de la herencia de su primera esposa han estado sujetos a reserva legal viudal; la declaración de que los bienes recibidos por don J. de la herencia de su hijo mayor han estado sujetos a reserva legal troncal; la declaración de que la liquidación de la sociedad de gananciales de 1987 contenía una donación indirecta en favor de doña E., por la que estaba obligada a colacionar en la herencia de don J.; la declaración de que la compraventa de 1988 fue simulada y, por lo tanto, radicalmente nula. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, acogiendo únicamente la declaración de nulidad de la venta efectuada en 1988, desestimando los demás pedimentos. Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y declaró que estaban reservados los bienes provenientes de las herencias de doña P. y el hijo mayor del primer matrimonio, y que la liquidación de la sociedad de gananciales de 1987 contenía una donación indirecta en favor de doña E., por la que estaba obligada a colacionar en la herencia de don J., confirmando en lo demás lo resuelto en primera instancia. Formulado recurso de casación por los demandados, el TS lo admitió parcialmente, en el sentido de desestimar que existiera reserva sobre los bienes de la herencia del hijo mayor del matrimonio de

don J. y doña P., por falta de constancia de que don J. hubiera heredado abintestato a este hijo. (L. F. R. S.)

**81. Donación de establecimiento mercantil de carácter ganancial.**— Se trata de una donación de establecimiento mercantil, que no comprende el inmueble y que es válida pese a ser realizada sólo por el marido, tratándose de bienes gananciales: en aquel tiempo (1972) antes de la reforma del Código civil producida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, el marido era el representante de la mujer, según el artículo 60 en su redacción originaria; después de la reforma operada por Ley de 24 de abril de 1958 el marido tenía poder de disposición con consentimiento de la mujer, de los bienes gananciales, a título oneroso, salvo sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, según el artículo 1453, sin que tuviera poder de disposición a título gratuito. Y si el marido los realizaba, no eran nulos, sino que tenía la mujer acción para impugnarlos (así, SS de 14 de marzo de 1932 y 29 de septiembre de 1959).

**Partición mediante la creación de una copropiedad ordinaria respecto al único bien del haber hereditario.**—No se ha solicitado en el suplico de la demanda la división material o económica de la cosa común, la finca como único bien del haber hereditario, con lo cual la partición y adjudicación se hará creando una copropiedad ordinaria (romana, *pro indiviso*) regulada en los artículos 392 y ss. CC: así lo hizo la S de 20 de octubre de 1992 que dijo que *la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas pro indiviso que en las mismas correspondan a cada heredero*; lo que reiteran las SS de 25 de abril de 1994 y 8 de marzo de 1999 que destaca, esta última, que puede surgir una comunidad romana que puede extinguirse por la acción de división de la cosa común. Cuya adjudicación dará lugar a la adquisición de la propiedad de los coherederos, en este caso la cuota hereditaria, de lo que se le haya adjudicado: así lo expresan las SS de 16 de mayo de 1991, 5 de noviembre de 1992 y 31 de enero de 1994. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El pleito que enfrenta a varios hermanos tiene por objeto la partición de la herencia de su padre. Es relevante a estos efectos la calificación del negocio jurídico entrañado en una carta que el difunto progenitor había dirigido a dos de los hijos tiempo antes de su muerte pidiéndoles que «se hagan cargo» de la funeraria por él regentada durante toda su vida. El Tribunal de instancia lo califica como donación de establecimiento mercantil y el problema de la partición y adjudicación de la herencia se suscita así en relación con el inmueble en que el negocio se asienta. El recurso de casación de uno de los hermanos —donatario— prosperará sólo en lo relativo a la infracción de los preceptos procesales que regulan la condena en costas. (R. G. S.)

## DERECHO MERCANTIL

**82. Principio de libre competencia. Relación con el precio fijo de los libros.**—Siguiendo la línea fijada por la S de 31 de marzo de 2000,

indica el TS que el artículo 33 de la Ley 9/1975 del libro, de 12 de marzo, que establece de forma imperativa el mantenimiento del precio fijo en la venta de libros al por menor (salvo en ciertos supuestos muy precisos), no encorseta el principio de libre competencia, siempre que éste se establezca a través de la flexibilización de factores diferentes del precio. Esta condición concuerda con la no prohibición, contenida en el artículo 8 LCD, de las ventajas que se obtienen de forma desvinculada de ulteriores compromisos y con la permisón de tales ventajas, recogida por el artículo 9 LDCU.

**Precio fijo de los libros. Descuentos.**—El RD 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros, fija los límites dentro de los cuales puede competirse en relación con el precio de los libros, estableciendo el porcentaje máximo y mínimo de descuento que puede serle aplicado al comprador. A este respecto, el TS ha considerado que por descuento se ha de entender la rebaja en el importe del precio fijado, con el consiguiente beneficio dinerario del porcentaje en que se fije el descuento para el comprador, que, en tales supuestos, no ha de desembolsar la porción rebajada del precio. Así pues, en aquellos casos en los que el precio del libro vendido se debe desembolsar íntegramente y la ventaja que se obtiene por tal adquisición se materializa en un objeto concreto, no existe un descuento sometido a los límites del citado RD 484/1990, de 30 de marzo, sino otra medida de competencia.

**Fraude de ley y fraude procesal. Requisitos esenciales.**—Siguiendo la doctrina del TC (STC de 23 de enero de 1999) señala el TS que son necesarios tres requisitos para apreciar un fraude de ley o fraude procesal: que el acto o actos cuestionados sea contrario al fin práctico que la norma defraudada persigue (lo que supone su violación efectiva); que la norma de cobertura no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo —sea por no constituir el supuesto normal, sea por constituirse como medio de vulneración de otras normas, o sea por ir dirigido a perjudicar a otros—; y que se manifieste de forma notoria e inequívoca (lo que requiere clara prueba) la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia. (STS de 4 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En septiembre de 1994 *Hipermercado Continente, S. A.* lanza en Santa Cruz de Tenerife la campaña «Vuelta al cole» consistente en una oferta por virtud de la cual el comprador que adquiere libros de texto, atlas y diccionarios recibe el veinticinco por ciento del valor de esta compra en puntos canjeables, válidos para comprar otros productos del hipermercado (a excepción de libros), a razón de una peseta por punto.

La *Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Santa Cruz de Tenerife* interpone demanda de competencia desleal frente a *Centros Comerciales Continente, S. A.*, solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de deslealtad del acto y la cesación del mismo. La demanda es estimada en primera instancia, siendo recurrida esta sentencia por los demandados. La Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda. Frente a estos pronunciamientos, interponen los demandantes recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

**83. No se vulnera el principio de congruencia de la sentencia.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el artículo 359 LEC no exige más que en la sentencia exista correlación entre su parte dispositiva y las pretensiones deducidas en el momento procesal oportuno, siendo asimismo doctrina igualmente reiterada de esta Sala la de que la sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, a no ser que dicha absolución o desestimación se haya basado en una excepción no aducida por el demandado y no apreciable de oficio o que, para hacer el referido pronunciamiento absolutorio, se haya alterado el soporte fáctico (*causa petendi*) de la cuestión debatida en litigio.

**Valoración de los documentos privados. Interpretación del artículo 1225 CC.**—Dice la S de esta Sala de 3 de marzo de 1990 que el artículo 1225 CC que se cita como infringido se limita a declarar que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, por tanto, su mandato no es otro que el de equiparar los efectos probatorios del documento privado reconocido legalmente con los propios de la escritura pública; ahora bien, este artículo 1225 CC no se aplica a toda clase de documentos privados sino a una categoría determinada de ellos; los suscritos por los litigantes y que tienen por objeto un acto o negocio jurídico; y en el mismo sentido, afirma la S de 10 de octubre de 1994 que el artículo 1225 CC que se cita como infringido resulta inaplicable al caso ya que, no obstante referirse el mismo al documento privado, no se comprende en él toda clase de documentos de esa clase o naturaleza que existe en el tráfico jurídico, sino que su ámbito de aplicación se contrae a aquellos documentos privados que han sido suscritos por las partes y que, normalmente, contienen el acto o negocio jurídico, lo que resulta de la equiparación que establece entre el documento privado legalmente reconocido y la escritura pública, doctrina que se reitera en S de 3 de julio de 1995, con cita de las de 3 de marzo de 1990 y 24 de febrero de 1992.

**Criterios generales para que una conducta pueda ser valorada como competencia desleal.**—La llamada cláusula general del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encuentran acomodo en las que expresamente tipifica como tales en la Ley en sus artículos 6 a 17, debiendo al acto incardinable en el artículo 5 reunir los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley, que el acto se realice en el mercado, es decir, que se trate de un acto de trascendencia externo, y que se lleve a cabo con fines concurrenciales, presumiéndose esta finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

**La contravención de la buena fe como característica necesaria de los actos de competencia desleal.**—La referencia a la buena fe que se contiene en el artículo 5 de la Ley 3/1991 viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (*dolo* o *culpa*) del sujeto y que se encuentra acogida en el artículo 7.1 CC como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos; dice la S de 21 de septiembre de 1987 que el artículo 7.1 CC, como ya expresó la S de 8 de julio de 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo

reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena.

**Existencia de actos de competencia desleal por ser contrarios a la buena fe.**—Surge una conducta del codemandado contraria a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales nacidas de una comisión mercantil, conducta que reúne las características que el artículo 2 de la Ley de 10 de enero de 1991 señala como propias del acto de competencia desleal; se trata de actos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial en cuanto dirigidos a promocionar y asegurar la difusión de productos de terceros, impidiendo a la parte demandante acceder a los locales comerciales propiedad de los codemandados en determinados ámbitos del territorio nacional, al que se extendía el contrato de comisión mercantil concertado, primeramente, habiéndose establecido en los contratos que el comisionista no podía representar a otras firmas comerciales o empresas que desarrollasen la misma actividad a la desarrollada para la actora.

**No cabe fundar un recurso de casación en preceptos generales.**—Es doctrina reiterada de esta Sala (entre otras, SS de 2 y 23 de febrero y 8 de marzo de 2000) la de que el recurso de casación no puede fundarse en un precepto genérico como es el artículo 1091 CC que se limita a establecer la fuerza vinculante de las obligaciones nacidas de contrato.

**Necesidad de probar los daños y perjuicios sufridos para que éstos puedan ser resarcidos.**—Ejercitada en la demanda la acción de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 18.5.º de la Ley 3/1991, su viabilidad requiere la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se pide y la relación de causalidad entre el acto constitutivo de competencia desleal y aquellos daños y perjuicios. Respecto de los daños morales, tal pretensión se funda en el daño causado al crédito comercial de la actora como consecuencia del comportamiento desleal atribuido a los codemandados. En autos no se ha aportado prueba alguna que se acredite que el crédito comercial de la actora ha sufrido demérito por virtud de la actuación desleal denunciada, por lo que procede desestimar tal pretensión.

**Posibilidad de exigir lucro cesante y bases para su cálculo con el fin de reparar los daños ocasionados por los actos de competencia desleal del comisionista mercantil.**—La reparación ha de limitarse al lucro cesante nacido de no poder la parte actora realizar su actividad comercial en los locales arrendados por el codemandado, desde que comenzó la actividad hasta la fecha en que aquél cesó como comisionista de la actora, lucro cesante que se calculará, en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta las ventas realizadas en los citados locales durante el período de vigencia de los arrendamientos. No cabe incluir las ventas realizadas en los locales arrendados una vez producido el cese del codemandado como comisionista de la actora ya que al no existir en los contratos de comisión aportados cláusula alguna de no concurrencia, aquél y las sociedades por él representadas podían ejercer libremente su actividad. (STS de 15 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—*Planeta Crédito, S. A.* entabló una demanda por incumplimiento de contrato de comisión mercantil exigiendo a su vez que se calificara la conducta tanto del comisionista como de los codemandados como competencia desleal y solicitaba que se les condenara al pago de las correspondientes indemnizacio-

nes por los daños sufridos, así como al pago de las costas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados condenando a la actora al pago de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida e hizo expresa imposición de las costas causadas en la apelación a la parte recurrente. La actora interpuso recurso de casación y fue estimado en parte por el TS ya que declaró la existencia de actos de competencia desleal imputables a los demandados y por ello los condenó a que abonasen solidariamente en concepto de lucro cesante la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias. (E. S. M.)

**84. Artículo 1288 CC. Regla *contra proferentem*. Aplicación a los contratos de seguro.**—En virtud de la regla *contra proferentem* la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que las ha redactado originando tal oscuridad; la aplicación de esta regla a los contratos de adhesión y, en concreto, a los contratos de seguro, implica que la duda relativa a una cláusula contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, del asegurado. Así se proclama expresamente en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (STS de 8 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—P. E. E. celebra dos contratos de seguro con UAP, L. *Union Des Assurances de Paris-Vie* pertenecientes a la modalidad titulada «seguro complementario de invalidez absoluta». En ellos se establece que el riesgo asegurado es el de invalidez absoluta, permanente y definitiva. La expresión «invalidez absoluta» es un concepto jurídico que comprende la incapacidad para todo trabajo. Una de las cláusulas del contrato, sin embargo, añade a esta definición la exigencia de ser asistido en los actos de la vida cotidiana por una tercera persona; dicho requisito adicional implica incluir el riesgo cubierto en el concepto jurídico conocido con el nombre de «gran invalidez». Se produce así una contradicción en el propio contrato puesto que, mientras que a partir del enunciado se deriva que el riesgo asegurado es el de invalidez absoluta, según el texto del contrato el riesgo cubierto es el correspondiente a gran invalidez.

P. E. E. sufre una lesión cardíaca por la que es declarado por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Seguridad Social de Bilbao en situación de invalidez permanente en el grado de invalidez absoluta.

P. E. E. interpone demanda contra UAP en reclamación del pago del capital asegurado en los dos contratos en sus respectivos seguros complementarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda; dicha sentencia es revocada en apelación por entender

que la situación de invalidez del asegurado demandante no se corresponde con el riesgo asegurado. (B. F. G.)

**85. Vinculación de la empresa por la actuación del apoderado general o factor por las operaciones dentro del ámbito de la empresa.**—El apoderado general o factor, también designado como «gerente» en el artículo 283 CCO y cuando viene referido a entes societarios, recibe también la denominación de «director general», sustituye al empresario, ya que realiza cuantas operaciones afectan a tal giro o tráfico de la empresa. Pues bien, las referencias del motivo al factor notorio, que con relación al artículo 286 CCO, ha recogido reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 30 de septiembre de 1960, 19 de junio de 1981, 5 de abril de 1982 y 5 de julio de 1984) y que resulta aplicable también al campo societario y en concreto al de la sociedad anónima (SS de 19 de abril de 1984 y 25 de abril de 1986) conducen al motivo a estimar que no puede entenderse obligada la empresa mercantil cuando el gerente ha contratado fuera del círculo de las operaciones propias de la empresa. Mas debe tenerse en cuenta al respecto, que el demandado no emprendió operación ajena a las actividades de la entidad de la que era consejero, sino que se limitó a garantizar una deuda precedentemente contraída por la sociedad que representaba y que consistía en la construcción de 4.200 m<sup>2</sup> y en cuya nave se albergaba maquinaria, mobiliario, y enseres para el desarrollo de la industria de fabricación de muebles que es precisamente el objeto social de la empresa, porque el artículo 2 de sus estatutos señala que «tiene por objeto la fabricación, montaje y comercio de toda clase de muebles y elementos para mobiliario y decoración».

**No se vulneran las circunstancias de la inscripción exigidas en el artículo 9 LH cuando se atribuye en la inscripción registral un cargo diferente al que actúa como representante de la empresa.**—Pese a las muchas lecturas que ha realizado la Sala de los preceptos que se dicen infringidos por su inaplicación no alcanza en qué ha podido producirse un error sustancial determinante de la inscripción. El artículo 9 LH expresa las circunstancias que ha de contener la inscripción y todas ellas concurren en la combatida en el motivo, naturaleza, situación y linderos del inmueble, naturaleza del derecho que se inscribe y su valor y el derecho sobre el cual se constituye la inscripción, la persona material o jurídica a cuyo favor se haga y aquella de que procedan inmediatamente los bienes, el título que se inscribe, su fecha y Notario que lo autorice, la fecha de presentación en el Registro y de la inscripción y la firma del Registrador.

**No cabe aplicar el artículo 1713 CC a los apoderados que actúan en el ámbito mercantil.**—La parte recurrente olvida que el demandado era Consejero y además Director-Gerente y su apoderamiento legal no debe analizarse desde la perspectiva del artículo 1713 CC, sino desde la perspectiva mercantil, en que se genera una específica representación de la empresa como institución estable, obligando los actos del apoderado a la misma y ello aunque no esté inscrito en el Registro Mercantil tal poder (S de 19 de junio de 1981) y mucho más cuando consta inscrito, como en este caso. Así se ha señalado en la instancia, con cita al respecto de sentencias de esta Sala, a la que podría añadirse, asimismo, la de 7 de mayo de 1993 y resoluciones de la

Dirección General de los Registros. (STS de 29 de octubre de 2001; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil actora promovió demanda solicitando la nulidad de reconocimiento de deuda y de constitución de hipoteca a favor de la entidad mercantil demandada alegando falta de poder en la persona que actuó en nombre de la actora, a la sazón Consejero de la entidad mercantil demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas a la parte actora. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación, e impuso al apelante las costas causadas por el recurso. La parte actora interpuso recurso de casación y el TS declaró no haber lugar al recurso condenando a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. (*E. S. M.*)

**86. Tercería de dominio. La inscripción de la escritura fundacional de una sociedad limitada en el Registro Mercantil es un requisito constitutivo de la misma. En tanto la sociedad no adquiera personalidad jurídica por medio de la inscripción, no puede adquirir el dominio de las aportaciones de los socios y, por tanto, carece de legitimación activa para interponer una tercería de dominio con respecto a los bienes objeto de la aportación.**—Ha de confirmarse la recta doctrina sentada por la Sala *a quo* al decir, siguiendo reiterada jurisprudencia que, «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, 36 y 38 CC. La falta de inscripción de una sociedad, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios implica su inexistencia para terceros, por lo que, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura en el Registro Mercantil puede adquirir la sociedad el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinante de la personalidad jurídica, ésta no era propietaria, y por consiguiente, la tercería de dominio que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues, falta la prueba de ser la actora titular de las fincas embargadas al practicarse el embargo».

**La interinidad de la sociedad en formación surte determinados efectos entre los contratantes, pero no alcanza a los terceros ajenos al contrato societario. Ante la falta de inscripción registral no cabe transformar la sociedad limitada en formación en una sociedad civil dotada de personalidad, pues ello contradiría la voluntad de los socios y pugnaría con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas.**—A todo lo anterior se agrega la recta doctrina de la, entre otras, S de 13 de febrero de 1985, aplicable a los autos (aunque en sede de la LSA de 17 de julio de 1951, pues la problemática es común en razón a que la LRSL de 17 de julio de 1953, impone en su art. 5, la exigencia de la inscripción, asimismo, establecida en el art. 11 de la vigente LSRL 23 de marzo de 1985, reproduciendo igual prescripción a la del art. 6 de la citada LSA) hoy en el marco de la Ley de 22 de diciembre de 1989, según su artículo 7. Se decía en la citada S: atendidos los términos categóricos del precepto, convienen la doctrina jurisprudencial y la científica que la inscripción de la escritura fun-

dacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, núm. 2.º, 36 y 38, párrafo primero, CC, aunque tal situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien ese núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, por lo que la eficacia del embargo sólo podría desvanecerse en el caso de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular privando al deudor ejecutado de sus facultades más características, en virtud de la presunción de exactitud del Registro proclamada en los artículos 38 y 39 LH, negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre puesto que la tercerista –*sic*– no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión. La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad, es descartada por las voces más numerosas entre los autores, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede darse paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas, sino que ha de ser aplicada en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de julio de 1951, como apuntó la S de 6 de febrero de 1964. Si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, «implica su inexistencia para terceros» como reitera la S de 9 de marzo de 1981, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, «de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinante de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba», según ya tiene declarado esta Sala en sus SS de 22 de febrero de 1980 y 6 de marzo de 1981, resolviendo controversia que guarda práctica identidad con el tema ahora debatido. (STS de 19 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora solicita un préstamo a un banco y con posterioridad inicia el proceso de constitución de una sociedad limitada a la que aporta una serie de fincas de su propiedad. Mientras la sociedad estaba en formación, puesto que existía escritura fundacional pero ésta aún no había sido inscrita en el Registro Mercantil, y ante el impago del crédito concedido a la señora, el banco prestamista embarga las fincas aportadas por ésta a la sociedad, que interpone la tercería de dominio al considerarse legítima propietaria de los bienes embargados. Las dos sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda, por considerar que la sociedad en formación carecía de personalidad jurídica tanto en el momento de efectuarse las aportaciones como en el momento de decretarse el embargo de los bienes, de modo que carece también de legitimación activa para interponer la tercería de dominio. El TS con-

firma íntegramente el fallo al declarar no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**87. Responsabilidad individual de los administradores frente a los acreedores sociales: artículo 135 LSA.**—Para que prospere la acción resarcitoria prevista en el artículo 135 LSA es necesaria la existencia de un nexo causal entre la actuación realizada por los administradores sin la debida diligencia del ordenado comerciante y el daño producido. Podemos ver en este sentido las SSTs de 19 de octubre de 1988, 3 de abril de 1990, 4 y 11 de noviembre de 1991, 21 de mayo de 1992, 21 de septiembre de 1999, 30 de enero y 30 de marzo de 2001. Declara el TS que el cierre de una empresa sin que los administradores acudan al procedimiento concursal pertinente, no es bastante para afirmar la existencia de un nexo de causalidad entre dicho comportamiento y el impago de deudas a los acreedores sociales, ya que no cabe presumir que iniciado dicho procedimiento concursal los créditos se habrían satisfecho evitándose con ello el daño. El pago por parte de los administradores de deudas sociales con sus ingresos particulares respecto de las que se constituyan personalmente en avalistas, no vulnera el principio *par conditio creditorum*, ni acredita que dichos fondos se hayan sustraído del patrimonio social.

**Presunción y carga de la prueba.**—No cabe confundir el proceso deductivo de la presunción (art. 1253 CC) con la valoración probatoria para sentar conclusiones fácticas. De igual forma es doctrina reiterada del TS que el artículo 1214 CC por su carácter genérico no contiene una regla valorativa de prueba, y por este motivo no es apto para amparar un recurso casacional salvo que el Tribunal *a quo* invirtiese en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba. (STS de 19 de noviembre de 2001; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Las sociedades mercantiles *Unión Cervecera, S. A.*, y *García Carrión, S. A.* interponen demanda contra la mercantil *Distribuciones Monduber, S. A.* y sus administradores sociales sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso confirmando íntegramente la sentencia apelada. El TS estima parcialmente el recurso de casación, considerando que no se produce la necesaria acreditación del nexo causal que justifica la responsabilidad individual de los administradores frente a los acreedores sociales por el impago de deudas sociales, revocando parcialmente las sentencias anteriores.

**NOTA.**—La nueva LEC de 2000 ha derogado los preceptos del Código civil relativos a las presunciones (entre otros, el art. 1214 CC), trasladando su regulación a los artículos 385 y 386 LEC. La regla de la carga de la prueba actualmente se contiene en el artículo 217 LEC, siendo una regla más precisa que la establecida con carácter general en el derogado artículo 1214 CC. (S. E. M.)

**88. Declaración de suspensión de pagos. Función.**—La función derivada de la declaración de una suspensión de pagos es el mantenimiento del patrimonio del suspenso a través de una actuación vigilada por la intervención.

**Facultades del suspenso.**—En una situación de suspensión de pagos el suspenso tiene la facultad de administrar sus bienes y persona, así como de gestionar sus negocios, salvo que exista una determinación judicial en contra.

**Artículo 5.4 de la Ley de suspensión de pagos. Actuación de los interventores en una contienda judicial que afecta al suspenso.**—Entre las funciones de los interventores se incluye la de informar al juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero. Dicha actuación de los interventores ha sido calificada por la STS de 11 de octubre de 1988 de *auc-toritas interpositio*.

**Legitimación del suspenso para litigar.**—Los requisitos que en virtud de la Ley de suspensión de pagos deben cumplirse para que el suspenso pueda litigar, son la autorización judicial y la concurrencia de los interventores. El incumplimiento de dichos requisitos implica la falta de legitimación activa del suspenso. (STS de 3 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—*SNIACE, S. A.*, entidad en suspensión de pagos, interpone demanda contra *Promotora Editorial Europea, S. A.* sin la concurrencia de los interventores y sin contar con la autorización judicial. La demanda es estimada por el Juez de Primera Instancia, cuya sentencia es confirmada en apelación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en el Proyecto de Ley concursal se deroga la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1992. En dicho Proyecto se distingue entre concurso voluntario o intervención y concurso necesario o suspensión en función de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (art. 39). Dicha distinción es tenida en cuenta a la hora de regular en el artículo 53 la cuestión resuelta en la sentencia analizada.

Así, por una parte, en el artículo 53.1 se establece que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de índole exclusivamente patrimonial corresponde a la administración judicial, mientras que para el resto de acciones la comparecencia en juicio corresponde al concursado; sin embargo, en este último supuesto, si la materia litigiosa puede afectar al patrimonio del deudor, se exige la conformidad de los administradores judiciales para la interposición de demandas, el allanamiento, la transacción o el desistimiento precepto que distingue dos supuestos.

El artículo 53.2, por otra parte, dispone que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio; sin embargo, se exige la conformidad de la administración judicial para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Además, si la administración judicial estima conveniente para los intereses del concurso la interposición de una demanda, y el concursado se niega a formularla, el Juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

Adviértase que, tanto en el caso de intervención como en el de suspensión, el artículo 53.3 permite al deudor interponer demandas o recursos cuando la administración judicial no lo hiciere o no le prestase su conformidad. Para ello el deudor deberá garantizar de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso.

Por último, se permite al deudor, también en ambos casos, personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración judicial haya promovido, siempre que se cumplan determinados requisitos. *(B. F. G.)*