

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Rosario DÍAZ ROMERO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA**

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. La retroactividad de la ley no afecta a las consecuencias ya consumadas.—Aunque la DT 2.ª segunda de la Ley 3/1992 dispone que la misma es de aplicación retroactiva a los poderes testamentarios otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, con evidencia la retroactividad ha de referirse a aquellos que hayan de ser utilizados a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a los extinguidos con anterioridad, como ocurre con el caso del debate, porque la retroactividad legal se proyecta plenamente sobre las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, pero no a las consecuencias ya consumadas (STS de 20 de abril de 1991).

La validez de la prórroga del poder testamentario o alkar poderoso era una costumbre *praeter legem* antes de la vigencia de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco.—La costumbre de que se trata fue generada posiblemente por efecto de las reminiscencias de la anterior regulación permisiva, y así llegó a los tiempos actuales; al respecto es clarificador lo antes apuntado

de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 sobre la ordenación actual de *alkar poderoso* en esta materia.

Con indicación a la prórroga, esta Sala entiende que nos encontramos ante una costumbre *praeter legem* y, por consiguiente, admitida legalmente (art. 1.3 CC). (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS: La demandante solicitaba, entre otros pronunciamientos, que se declarase la nulidad del poder testatorio conferido por su padre fallecido a su madre, al haber sido utilizado por ésta después de que caducase, al haber transcurrido un año y un día desde que el menor de los hijos del testador alcanzase la mayoría de edad. Aunque los demandados presentaron su contestación a la demanda fuera de plazo y les fue devuelta, el Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que era válida la prórroga indefinida del poder contemplada en el testamento, por tratarse de una costumbre que tenía un gran arraigo en el lugar, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS. (L. F. R. S.)

2. Aplicación del Derecho extranjero.—El Derecho extranjero es una cuestión de hecho que corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca (SSTS de 11 de mayo de 1989 y 3 de marzo de 1997). Si el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha ley extranjera no es acreditado por ninguna de las partes, procederá resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (entre otras muchas, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 13 de diciembre de 2000). Por otra parte, los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación, de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios (SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993). Finalmente, el TS ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto —que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida— que según el párrafo primero del artículo 12 CC deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material —al que no se refiere el citado precepto— que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal (STS de 31 de diciembre de 1994).

Funciones del administrador de un caudal relicto.—Nuestra Ley procesal de 1881 establecía una importante diferencia respecto a las funciones del administrador de un caudal relicto, según el causante hubiera otorgado testamento o falleciera intestado. En este último caso, a las facultades de gestión que requiere la ordinaria administración de un patrimonio (arts. 1016 LEC y ss.) se añade la representación procesal *abintestato* en todos los pleitos ya iniciados o que se promuevan —salvo en lo relativo a la declaración de herederos—. Dicha administración conlleva también el ejercicio de todas las acciones que pudieran corresponder al difunto, o los actos en que sea necesaria la intervención del *abintestato*, hasta que se haga la declaración de herederos (art. 1008 LEC). Sin embargo, cuando el causante ha otorgado testamento, el administrador está excluido de las facultades de representación procesal y ejercicio de acciones (art. 1008 LEC). La diferencia de régimen obedece a que en el *abintestato* no existe sujeto alguno que pueda representar a la herencia hasta que se obtenga la declaración de herederos, y por ello se faculta a tal efecto al administrador. Como en la testamentaria se conoce perfectamente al

heredero o herederos, no es necesario conceder a persona distinta de los mismos la representación de referencia. (STS de 5 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Los representantes de la herencia yacente de don J. D. S. —que ostentaba la nacionalidad británica en el momento de su muerte— formularon demanda contra don K. T. V, y contra sus hijos —don C. K. T. V y doña S. K. T. V.— al objeto que se declarase que los bienes inmuebles que se relacionaban en la demanda pertenecían a la herencia yacente mencionada, y debían ser reintegrados a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó dicha pretensión, con imposición de costas a los demandantes. En fase de apelación, la Audiencia Provincial, con revocación de la sentencia recurrida, estimó la demanda. El TS acoge el recurso de casación interpuesto al considerar que los administradores judicialmente designados para un caudal hereditario cuyo causante ha otorgado testamento, carecen de legitimación *ad causam* en nuestro Derecho para el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al difunto, que necesariamente han de ser deducidas por los herederos testamentarios.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta que la DD única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha derogado el párrafo segundo del artículo 12.6 CC, relativo a la acreditación y prueba del derecho extranjero. (M. C. C. M.)

3. La interrupción de la prescripción.—En virtud del artículo 1973 CC, la prescripción de las acciones se puede interrumpir por reclamación judicial, extrajudicial o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. El plazo prescriptivo es improrrogable, por lo tanto, una vez transcurrido el plazo anual a contar desde la fecha en que consta producida la última interrupción extingue la acción (art. 1932 CC).

Los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo. Además, atentaría a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial (FD 3.º).

La valoración del tiempo interruptor de la prescripción es facultad del Juzgador de instancia sin que sea rebatible en casación si no se demuestra la existencia de error.

La determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo anual prescriptivo.—La fecha inicial en el cómputo del plazo anual de prescripción en los casos de responsabilidad extracontractual es el momento del conocimiento por el demandante de los efectos de las lesiones en su salud y capacidad laboral; de esta forma, lo determinante es que el lesionado conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, salvo que consten secuelas susceptibles de curación, mejora o empeoramiento. (STS de 26 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras haber sufrido un accidente laboral, don S. G. S. interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios en ejercicio de acción aquiliana por culpa extracontractual. La parte

demandada alegó excepción de prescripción, puesto que, aunque el cómputo del plazo anual de prescripción (la fecha inicial era el mes de diciembre de 1988) fue interrumpido por sucesivas comunicaciones telegráficas que se cursaron, respectivamente, el 18 de noviembre de 1989 y 16 de noviembre de 1990, la tercera reclamación no se formuló hasta el 20 de noviembre de 1991, cuando ya había transcurrido el plazo anual a contar de la fecha en que consta producida la última interrupción. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de prescripción y, por consiguiente, no entró en el fondo del asunto.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación; tan sólo modificó el pronunciamiento de las costas, confirmando los demás pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Se reitera nuevamente por el TS que lo determinante es que el lesionado conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica para iniciar el cómputo del plazo anual de prescripción (*vid.* SSTs de 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985; 21 de abril de 1986; 25 de febrero y 8 de junio de 1987; 8 y 10 de octubre de 1988; 17 de junio de 1989; 3 de abril, 15 de julio y 14 de noviembre de 1991; 14 de febrero, 26 de mayo y 28 de julio de 1994; 19 de febrero y 30 de diciembre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras)

La sentencia anotada no se aparta de la línea jurisprudencial del TS que niega la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción de la prescripción por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho y no en principios de justicia intrínseca (*vid.* SSTs de 17 de diciembre de 1979; 16 de marzo de 1981; 18 de septiembre y 6 de noviembre de 1987; 14 de marzo y 17 de abril de 1989; 25 de junio y 9 de octubre de 1990; 12 de julio de 1991; 15 de marzo de 1993; 14 de febrero de 1994; 26 de septiembre de 1997, y 19 de febrero de 1998, entre otras).

Por otra parte, cabe destacar que el TS puntualiza en esta sentencia que las actuaciones administrativas no interrumpen el plazo legal de prescripción (*vid.* STS de 2 de febrero de 1995) ni consecuentemente tampoco el proceso seguido para revisar lo dispuesto en ellas. (*M. C. L. J.*)

4. Determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo anual prescriptivo.—La regla general para el cómputo de los plazos de prescripción se halla en el artículo 1969 CC según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse; sin embargo, el artículo 1968.2 CC constituye una excepción a esta regla general, puesto que prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, así como las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia (art. 1902 CC) desde que lo supo el agraviado.

El comienzo del cómputo del plazo prescriptivo cuando se trata de lesiones causadas por culpa extracontractual (art. 1968.2 CC), ha de referirse siempre al día en que, producida la sanación, se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, determinado en el correspondiente dictamen

pericial; sin perjuicio de las secuelas que subsistan de un modo permanente, ya que tal cómputo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo cuando no es posible fraccionar en hechos diferenciados la serie proseguida. Por lo tanto, el cómputo comienza desde el momento en que se fija con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso.

El momento en que se conoce exactamente el alcance de las secuelas residuales de las lesiones está subordinado al de terminación del expediente que definitivamente determine la situación de incapacidad del afectado (FD 2.º). (STS de 6 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. S. E. interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la empresa *Promociones Gutiérrez, S. L.*, don J. G. A. y su esposa a los solos efectos del artículo 144 del Reglamento hipotecario, en reclamación de la cantidad, suplicando se dictase sentencia por la que se condenase solidariamente a los codemandados a indemnizarlo con la cantidad de doce millones de pesetas (12.000.000 ptas.), como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en el siniestro acaecido mientras trabajaba, más los intereses legales y los gastos y costas del procedimiento. Según se desprende del documento de fecha de 3 de mayo de 1994 de la Dirección Provincial del INSS de Murcia que le fue notificado al interesado el 14 de junio de 1994, don F. S. E. conoció las secuelas del accidente el día 27 de mayo de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 6 de septiembre de 1995, rechazó la excepción de prescripción, asumiendo como fecha de inicio del cómputo de la misma el 11 de noviembre de 1994, por lo que estimó en parte la demanda y condenó a la codemandada *Promociones Gutiérrez, S. L.* a indemnizar al actor en la cantidad de nueve millones quinientas mil pesetas (9.500.000 ptas.) por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del siniestro acaecido.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Murcia admitió la excepción de prescripción, puesto que tomó como fecha de inicio del cómputo de la misma el 27 de mayo de 1994. La Audiencia estimó el recurso interpuesto por *Promociones Gutiérrez, S. L.* y revocó la sentencia dictada en primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS es clara en el sentido de que mientras continúa el daño no comienza el cómputo del tiempo de la prescripción, sino que el plazo se debe contar desde que cesaron los daños. (Vid. SSTs de 19 de septiembre de 1986; 19 de diciembre de 1996; 22 de noviembre de 1999 y 12 de febrero de 2000.)

La idea que se reitera constantemente en la jurisprudencia es que para el cómputo hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica: (vid. SSTs de 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985; 21 de abril de 1986; 25 de febrero y 8 de junio de 1987; 8 y 10 de octubre de 1988; 17 de junio de 1989; 3 de abril, 15 de julio y 14 de noviembre de 1991; 14 de febrero, 26 de mayo y 28 de julio de 1994; 19 de febrero y 30 de diciembre de 1998, y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Sin embargo, la fecha inicial del cómputo, no es el alta de enfermedad cuando quedan secuelas, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido. (Vid. SSTS de 26 de mayo de 1994; 28 de julio y 28 de octubre de 1994; 31 de marzo y 22 de abril de 1995.)

La indeterminación del día inicial no debe resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, extremos que se encuentran reforzados por el principio *pro actione*. (Vid. SSTS de 10 marzo de 1989 y 19 de febrero de 1998.)

Por último, destacamos que la jurisprudencia del TS es pacífica cuando determina que el debatido momento inicial es una cuestión de hecho que debe determinarlo el Juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*. (Vid. SSTS de 16 de diciembre de 1987; 8 de octubre de 1988 y 14 de febrero de 1994, entre otras). (M. C. L. J.)

5. Inicio del cómputo de la prescripción extintiva del artículo 1968 CC cuando los daños son consecuencia de conductas lesivas continuadas.—Cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, la regla general del cómputo de los plazos de prescripción se halla en el artículo 1969 CC según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse; sin embargo, el artículo 1968.2 CC constituye una excepción a esta regla general, ya que prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, así como las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1902 CC desde que lo supo el agraviado.

Quando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. (Vid. STS de 7 de abril de 1997.)

«La demandada no ha logrado acreditar o fijar un día inicial a partir del cual dejara ya de generarse el resultado lesivo, siendo así que todavía, actualmente, se siguen produciendo a la vista de las pruebas practicadas, sin que pueda inducir a confusión alguna, al respecto, el dictamen pericial emitido.» (FD 1.º). (STS de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda solicitando que se declare la existencia de los daños provenientes de la explotación minera *Pozo Tres Amigos* que se vienen produciendo en el edificio donde se hallan las viviendas de los demandantes, inmueble sito en Vegadotos, Concejo de Mieres, se solicita que se condene a *Hulleras del Norte, S. A.* (Hunosa) a pagar el total importe de los mismos cuya liquidación debe quedar diferida para la fase de ejecución de sentencia, condenándola al pago de la totalidad de las costas y gastos causados. La parte demandada contestó a la misma, alegando las excepciones de falta de legitimación de los demandantes y prescripción. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, se interpone recurso de apelación que fue estimado.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada doctrina jurisprudencial que refiere, a la fecha de producción del resultado definitivo, el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida (*vid.* SSTS de 25 de junio de 1990; 15 de marzo y 24 de mayo de 1993; 4 de julio de 1998; 7 de abril de 1997 y 2 de julio de 2001, entre otras muchas).

La prescripción ha sido definida recientemente por la profesora Cañizares Laso como «el modo de extinción de las pretensiones por la falta de reconocimiento por parte del sujeto pasivo en el tiempo fijado por la ley». (A. Cañizares Laso, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2000, p. 25.)

Respecto de los casos en que los daños son consecuencia de conductas lesivas continuadas, permanentes o reiteradas, Pantaleón Prieto ha distinguido dos líneas jurisprudenciales: según la primera, la prescripción comenzaría cada día, de forma que podrían reclamarse los daños producidos en el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda o al acto interruptivo de la prescripción. Para la otra, actualmente dominante, la prescripción no comenzará hasta que la actividad dañosa finalice. La segunda tesis parece preferible para Pantaleón, «salvo que existan soluciones de continuidad temporal en la causación de los daños: en este caso, la prescripción comenzará al final de cada periodo de tiempo para los daños causados durante el mismo». (F. Pantaleón Prieto, *Voz: «prescripción»*, *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1991, p. 5012.) (*M. C. L. J.*)

6. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual. Fijación del *dies a quo* cuando previamente se ha incoado una causa penal. Archivo de las actuaciones penales.—Conforme al artículo 1968.2.º CC las acciones civiles derivadas de un hecho causante de daños por culpa o negligencia de las que trata el artículo 1902 CC, prescriben con el transcurso del plazo de un año. Sin embargo, en los supuestos en los que tales hechos han dado lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en la vía civil o el proceso ya comenzado (art. 114 LECr) no sólo hasta que recaiga sentencia firme, sino también, tal y como ha señalado la jurisprudencia, hasta que tenga lugar bien el sobreseimiento libre, el sobreseimiento provisional, o el archivo de diligencias.

La exigencia de notificación tanto de la sentencia penal, como del auto de archivo o de sobreseimiento es ineludible, ya que a través de la misma el perjudicado puede conocer de forma debida el desenlace del proceso, sus efectos y consecuencias, a fin de concretar debidamente el alcance y contenido de la acción privada con la garantía de efectividad de su derecho ante la jurisdicción civil (FD 1.º, STS de 28 de octubre de 1994). Tanto la diligencia de «Visto» del Ministerio Fiscal, la providencia sobre el archivo, en su caso, como la notificación de la misma, no pueden, en ningún caso, considerarse como actos meramente formalistas ya que todos ellos son ineludiblemente necesarios para el desarrollo procesal y para la efectividad de la decisión del Juzgado, de modo que es a partir del día siguiente a la notificación cuando empieza a correr el citado plazo (FD 1.º, STS de 16 de mayo de 2001).

Por el contrario, la ausencia de dicha comunicación procesal es susceptible de afectar con relevancia al derecho del perjudicado de acceder al proceso

civil y hacer vales sus pretensiones para la reparación del daño sufrido, pudiendo por tanto lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (FD 2.º, SSTTS de 17 de julio de 2001, con cita de las SSTTS de 25 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1997, y jurisprudencia constitucional al respecto, en concreto, las SSTC 30 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1999). (STS de 14 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. R. demandó por los trámites del juicio de menor cuantía al *Banco de Murcia, S. A.*, solicitando que se condenara a la parte demandada al pago de la suma de diez millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios materiales y morales, así como de las costas procesales. La parte demandada contestó a la demanda alegando la excepción de prescripción o, en su caso, de litis consorcio pasivo necesario en aras a la desestimación de la demanda. Desestimada la misma, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto, revocando la resolución dictada en primera instancia y estimando parcialmente la demanda, condenando a la entidad *Banco de Murcia, S. A.*, al pago de una indemnización de cinco millones de pesetas. Frente a dicha resolución, la representación de la parte demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1968.2.º y 1973, ambos del Código civil.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad civil *ex* artículo 1902, previa existencia de actuaciones penales. En el presente caso el TS, al igual que ha hecho de manera reiterada en su jurisprudencia más reciente, parte de la inclusión del ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta en el ámbito de aplicación del artículo 1968.2.º CC, aun cuando en el mismo no se encuentre expresamente recogida, y no de la aplicación del plazo general de quince años del artículo 1968 CC, al que atienden aquellos que consideran aplicable el mismo por ser una acción que no tiene plazo especial fijado (sobre la inclusión de la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta en el art. 1968.2.º, v. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS de 7 de julio de 1983», en *CCJC*, 1983, pp. 825-836; DÍEZ-PICAZO, L., artículo 1968, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 2165-2166, REGLERO CAMPOS, F, artículo 1968.2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, 1994, pp. 478-480). Partiendo pues de la aplicación del plazo de prescripción de un año, en la sentencia que nos ocupa se vuelve a plantear el problema de la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del citado plazo. El TS viene considerando como fecha de inicio del citado plazo el día siguiente bien al día de la notificación de la sentencia firme, bien al de la notificación a las partes del auto de sobreseimiento (SSTTS de 27 de abril de 1992, 28 de octubre de 1994, 25 de marzo de 1996, 19 de mayo y 26 de septiembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 6 de noviembre de 1999, 24 de junio de 2000, 17 de julio de 2001), o en supuestos en los que el Estado aparece como perjudicado, a partir de la comunicación notificación al Letrado del Estado de copia del archivo de las actuaciones penales

como fecha de inicio del cómputo (STS de 31 de noviembre de 1998). Se parte de la consideración del criterio subjetivista de la notificación, por entenderlo dotado de mayor intensidad legal, puesto que, en tanto que no se notifique, no se conoce en forma debida el desenlace del proceso, sus efectos y consecuencias, con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que ello puede acarrear. (R. D. O.)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Inexistencia de confrontación entre derechos fundamentales.—Establece la STC 107/1988 que «el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 CE, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejercitan en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión en información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática»; si bien «tanto el TC como el TS vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites y fronteras de uno y otro» (STS de 30 de diciembre de 1996). Sigue diciendo la referida sentencia que «la libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal, de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si bien han sido contrastadas con datos objetivos, aun su total exactitud sea controvertible» (STC 1988/1997).

Falta de veracidad de la imputación.—«Elaborar noticias que se difunden al público sobre simples rumores, relacionadas directamente con el honor de las personas, no significa precisamente el recto ejercicio de la libertad de informar; tal actividad se convierte así en agresión ilegítima, por representar decidido ataque a la dignidad, buen nombre y reputación careciendo del amparo constitucional. Más que contribuir a informar a la opinión pública, la deforman, partiendo del principio de que la libertad de información no es una categoría absoluta sino que su misma grandeza y componente democrático impone el necesario autocontrol y límites para evitar su degeneración y que se difundan hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a personas identificadas» (SSTS de 31 de enero de 1994, 15 de julio de 1995, 22 de octubre de 1996).

«La seriedad en la información comporta la mayor exigencia en cuanto a su autenticidad, y tratándose en este caso de hechos estaban obligados los

recurrentes, por utilizar medios de comunicación aptos para llegar a todas las gentes, a adoptar la diligencia precisa, no teniendo justificación alguna la notoria negligencia e imprudencia en el hacer en que incurrieron, tanto la locutora en forma directa, como el director de la emisora y la empresa titular de la misma, por no haber comprobado debidamente que se trataba de noticia con apoyo de veracidad, o, al menos, de alguna veracidad, que de esta manera desintegraba el rumor y podía justificar la puesta en conocimiento de los oyentes. La información falsa evidentemente no es información veraz y, por tanto, aquella resulta atentatoria al honor del recurrido. La doctrina consolidada de esta Sala así lo viene proclamando y cuando se aparta de los predicados éticos de la veracidad, alcanza la consideración de noticia insidiosa, por ser información no comprobada con datos objetivos según los cánones de la profesionalidad, siendo únicamente disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado.» Entre otras. SSTS de 27 de febrero de 1991, 13 de julio de 1992, 29 de abril de 1994, 14 de diciembre de 1995, 24 de junio de 1996, 30 de diciembre de 1996; SSTC 25 de marzo de 1991, 5 de marzo y 15 de junio de 1993, 29 de abril de 1994, 11 de diciembre de 1995, 25 de noviembre de 1996.

Imputación de delito a persona pública.—«Supuesto el presente, en el que tan ni siquiera cabe hablar de una posible confrontación entre dos derechos fundamentales, derecho de información y derecho al honor, ya que en las publicaciones reseñadas realmente el primero no se da, y nunca podrá reputarse información los juicios de valor encaminados a hacer aparecer a una persona ante la opinión pública como autora de una serie de delitos, recurriendo para ello a un tratamiento peyorativo y falto de objetividad de la noticia. Del mismo modo, las mismas publicaciones configuran un ataque a la propia intimidad personal del demandante, revelando datos respecto a su vida privada que en absoluto tienen relación con los hechos investigados, y en modo alguno pueden tener interés respecto de las cuestiones sobre las que se pretende informar, si no sean para fomentar y promover una cierta expectación periodística en absoluto justificada como constitutiva realmente de una información en sentido estricto, siendo incluso dudoso que en el caso de las imputaciones iniciales de las diligencias criminales seguidas contra el demandante hubieran sido comprobadas, que fuera lícito dar publicidad a ciertos aspectos de la vida privada, tales como con quién convive, quién forma su familia, o cuáles son los lugares de su residencia; ya que no por ser una persona objeto de procedimiento criminal, significa que se sea susceptible de ser blanco y objeto de investigaciones y publicidad general de todos los aspectos de su vida, ni que esa publicidad sea de interés general o social (STS de 30 de diciembre de 1989), y ello en relación a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LO 1/1982, *a sensu contrario*; incluyendo la esfera privada aquel sector de circunstancias que sin ser necesariamente secretas o de carácter esencialmente íntimo, merecen sin embargo, el respeto de la sociedad sin admitir intromisiones extrañas, debiendo garantizarse la inviolabilidad de la vida privada y particular, frente a la publicidad de hechos, cuya certeza no se discute pero sin interés general en absoluto —en este sentido, STS de 20 de febrero de 1989—». (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Diario de Ávila, *ABC*, en la sección de Castilla y León, así como distintas emisoras de radio Ávila emitieron en su día ciertas declaraciones en las que imputaban al Jefe de la Policía

Local de Ávila, persona de carácter público, delitos de prevaricación, al carecer el demandado de facultades resolutorias, así como malversación de caudales públicos por tenerlos bajo su cargo o custodia. De hecho, la noticia imputaba irregularidades de carácter delictivo a una persona que resultaba identificada con sus nombres y apellidos, dándose una información no comprobada, inveraz y tendenciosa que hace desmerecer en la consideración ajena a quien la padece. El Juzgado de Primera Instancia declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor. La Audiencia Provincial confirma dicha resolución en todos los pronunciamientos. El TS desestima el recurso interpuesto por los medios de comunicación que se hicieron eco de la noticia.

NOTA.—Como ha declarado reiteradamente el TS y el TC la información vertida en los medios de comunicación ha de ser una información veraz, veracidad que implica una especial diligencia en los profesionales de la información que se alcanza en su constatación con las fuentes originarias. Sin embargo, ambas instancias recalcan que, a este respecto, «únicamente son disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado». Entre otras, SSTS de 27 de febrero de 1991, 13 de julio de 1992, 24 de abril de 1994, 14 de diciembre de 1995, y SSTC de 25 de marzo de 1991, 15 de junio de 1993, 29 de abril de 1994, 1 de diciembre de 1995, 21 de noviembre de 1996. (*M. F. N. C.*)

8. Confrontación de derechos fundamentales: libertad de información y protección al honor.—«En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión, del otro, la doctrina del TC se ha decantado sobre las siguientes directrices: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 *d*), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales como son el honor y la intimidad es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de la valoración para dirimir en estos supuestos, el conflicto entre el derecho al honor y a la intimi-

dad, de una parte, y la libertad de información, de la otra». Entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 1994, 15 de julio de 1995, 26 de junio de 1996, 15 de noviembre de 1998, 15 de enero y 25 de septiembre de 1999.

Derecho a recibir y difundir información veraz.—«La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994 entre otras muchas) y añade esta sentencia que el requisito constitucional de la veracidad de la información *ex* artículo 20.1 d) CE, no se haya ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida» (SSTS de 23 de marzo de 1987 y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1992, 28 de abril de 1993, 30 de diciembre de 1996, 7 de julio de 1997, 29 de mayo y 22 de junio de 1998, 25 de septiembre de 1999).

El deber de diligencia. Daño moral.—Al profesional del periodismo sólo se le puede exigir que compruebe las circunstancias básicas, y los hechos que lógicamente hacen presuponer la información que publica; si existen detalles desconocidos que desvirtúan la clara apariencia de un hecho, la averiguación y constatación de esas circunstancias de difícil o imposible conocimiento, no se le puede exigir al informador (STS de 26 de julio de 1996, 11 de abril de 2000). En sentido similar establece la STS de 12 de junio de 1996 que «la jurisprudencia viene exigiendo a los profesionales de la información, el específico deber de diligencia, consistente en contrastar los hechos, las circunstancias y los participantes, antes de divulgar una noticia que pueda afectar a la intimidad personal o al honor de una persona». (STS de 20 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 14 de enero de 1990 la revista *Actualidad Económica* y bajo el epígrafe *Los Negocios* aparece publicado: *Federal Express compra Aerpons, S. A.* Se ilustraba tal noticia mediante una composición tipográfica en la que aparecía un águila con las alas desplegadas y llevando bajo sus garras al hombre logotipo de *Aerpons*. Se hacía constar asimismo en la noticia, que *Federal Express*, coloso americano del transporte urgente de mercancías se encontraba en negociación con *Aerpons* para comprar esta empresa española y cuya operación se cerraría a finales de 1989 o principios de 1990. La referida noticia era absolutamente falsa, tratándose de un simple rumor no constatado por el informador. De hecho, se limitó a telefonar a diversas empresas dedicadas al transporte para consultar cuál de ellas tenía conversaciones con *Federal Express* y, tras una conversación con un empleado de *Aerpons*, pero no cualificado para corroborar lo pretendido, y sin verificar el rumor de ese simple empleado a través de su constatación con propietarios o administradores de ambas compañías, publicó la noticia. La empresa *Aerpons* demanda a la entidad periodística. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, sentencia que

fue confirmada íntegramente en apelación. El TS confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—En la presente sentencia anotada la información difundida atentaba contra el derecho al honor de la empresa demandante por falta de veracidad de la noticia, circunstancia que habría podido ser obviada si el periodista hubiese cumplido el deber de diligencia que le asiste de forma coherente. Sin embargo, hemos de señalar como lo ha hecho la STS de 7 de diciembre de 1999 que «toda información que pueda tener un resultado difamatorio, no incurre en ilicitud cuando corresponda al ejercicio de los derechos con una base de hecho veraz» (SSTS de 26 de noviembre de 1987, 11 de octubre de 1998, 1 de junio de 1989, 26 de septiembre de 1996). (M. F. N. C.)

9. Derecho al honor: protección y límites al derecho de información.—Según jurisprudencia del TC (entre otras, la STC de 30 de junio de 1998) y del TS (SSTS de 28 de abril de 1994, 20 de octubre de 1996 y 20 de febrero de 1997), existe reportaje neutral cuando la comunicación de los hechos o investigaciones versa sobre sucesos que efectivamente han ocurrido, aunque complementariamente se hagan aportaciones propias que no lleguen a alcanzar la consideración de juicios de valor ni de opiniones difamantes para los interesados. Ha de tratarse, en todo caso, de una información veraz e imparcial, y suficientemente contrastada una vez acreditada la fiabilidad de las fuentes informativas.

Recurso de casación: formulación.—Constituye una obligación insoslayable del recurrente, en virtud de lo establecido en los artículos 1692, 1697 y 1707 LEC, la adecuada separación de los motivos del recurso de casación, al igual que los razonamientos de su pertinencia y su fundamentación (SSTS de 23 de julio de 1987, 16 de mayo de 1989, 29 de abril y 9 de diciembre de 1994, y 9 de febrero de 2001). (ST^S de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Un oficial de la Guardia Civil demanda a don J. L. M. y a *Ediciones Zeta, S. A.*, siguiendo el procedimiento incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (derecho al honor), por la publicación en la revista *Interviú* de reportajes sobre sus actuaciones en la Guardia Civil.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó igualmente. Formalizado el recurso de casación contra esta última sentencia con base a un solo motivo, y tras el informe del Ministerio Fiscal, el TS lo desestimó.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se recogen las disposiciones relativas a la motivación del recurso de casación en los artículos 477 y siguientes, estableciendo como único motivo para la interposición del mencionado recurso la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se suprimen, por tanto, el resto de motivos que se contenían en el anterior artículo 1692 LEC que, por referirse a irregularidades procesales, servirán ahora para fundamentar el recurso por infracción procesal; y se suprime también, como motivo específico, la infracción de jurisprudencia. (S. E. M.)

10. Distribución y cesión de títulos nobiliarios.—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 11 de diciembre de 1995 y 25 de octubre de 1996) que la distribución y la cesión de títulos nobiliarios son dos figuras distintas con requisitos diversos. La distribución supone el reparto de lo que se tiene o posee, o lo que se cree tener y poseer e incluso de lo que se espera alcanzar. El citado acto facultativo trata de paliar la acumulación de títulos nobiliarios, cuando se poseen dos o más. Ceder, en cambio, implica renunciar o desapoderarse de lo que se tiene para adjudicarlo a determinadas personas. Mientras que la distribución es una actuación unilateral, la cesión es compartida, al intervenir cedente y beneficiario, quien pasa a ocupar en la cosa o en el derecho el lugar de aquél. En todo caso, tanto la cesión como la distribución, en cuanto alteración del orden sucesorio normal, requieren una cumplida prueba de la concurrencia de sus requisitos, y por su carácter excepcional han de interpretarse restrictivamente, si se duda de su existencia.

Impugnación de un título nobiliario deferido a resultados de una distribución: litisconsorcio pasivo necesario.—Cuando el acto distributivo no reúne los requisitos exigidos, o cuando un tercero, con superior derecho al que ostentaba el distribuyente, lo reivindica judicialmente, se hace indispensable, como cuestión previa, declarar la nulidad de la distribución. Como tal nulidad afecta a todos los favorecidos por ella, resulta obligada la presencia de éstos en el proceso desde su iniciación, en cuanto sus derechos pueden verse afectados por el fallo. De otro modo, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquellos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, tendrían que verse obligados a acatar lo resuelto, que podría afectar a sus derechos o intereses. Por ello, el litisconsorcio pasivo puede y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales, incluso de oficio, en cualquiera de las fases del procedimiento. (STS de 4 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1887 fue creado el Ducado de Ansola por la Reina doña María Cristina, siendo otorgado a don Luis Jesús de Borbón y Borbón-Braganza. Tras el fallecimiento de los hijos de éste —que no dejan descendientes—, se abre en vía administrativa la sucesión al título, y sin perjuicio de mejor derecho, se expide carta de sucesión a favor de don Juan W. B. Posteriormente, y mediante escritura de distribución de títulos nobiliarios fechada en 1982, le otorga a su hijo el título de Duque de Marchena y a su hija (doña Cecilia W.), el título de Duque de Ansola.

Por ello, doña M. T. E. M. V. ejercita una acción contra don J. W. B. y la hija de éste para obtener la declaración de nulidad de la carta administrativa de sucesión expedida a favor de don J. W. B. —por la que se le concedía el título de Duque de Ansola— así como la nulidad de la cesión efectuada por el mismo a favor de su hija doña C. W. H., y la declaración del mejor derecho de la actora sobre los demandados a poseer, llevar y usar el título nobiliario de Duque de Ansola. Por otro lado, don L. G. B. B. Q., en demanda acumulada a los anteriores autos, solicita igualmente la declaración de nulidad de la cesión efectuada por don J. W. B. a favor de su hija y que se declare, asimismo, su mejor derecho a la posesión del referido título.

El Juzgado de Primera Instancia estima excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario —por no haber sido demandados

todos los causahabientes inmediatos de la distribución— y sin entrar en el fondo del asunto, absuelve a los demandados. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, e impone las costas a la parte recurrente. (*M. C. C. M.*)

11. Doctrina del «levantamiento del velo» y acción pauliana. La doctrina del levantamiento del velo permite que la sociedad responda de deudas personales de algún socio si con ello se evita el uso de la forma societaria para defraudar intereses privados o públicos.—La invocación de la doctrina del «levantamiento del velo» que acertadamente acogió la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tiene que ser aceptada en cuanto resulta de una razonable apreciación de los hechos ocurridos, que la sentencia apelada no discute, pues ésta desestima la pretensión por inaplicación de la doctrina.

Al crear el demandado una sociedad mercantil con miembros de su familia, existiendo una deuda impagada del contrato de obra, defrauda los intereses legítimos de la actora recurrente, pues como ésta alega, entre las múltiples sentencias del TS que aplican la doctrina del «levantamiento del velo» encontramos, además de los casos en que los socios integrantes de la sociedad deban responder de relaciones aparentemente societarias (supuesto al que erróneamente invita la aplicación de la citada doctrina la sentencia de apelación recurrida), otros supuestos de muy diversa índole, entre los cuales caben destacar los supuestos en que la sociedad responde de obligaciones personales de los socios con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada por el camino del fraude (S de 28 de mayo de 1984). Doctrina indispensable para una construcción jurídica que consiga corregir el automatismo que puede llevar a situaciones de injusticia material.

La existencia de la acción pauliana no impide esgrimir la doctrina del «levantamiento del velo». Esta acción, de naturaleza subsidiaria, no requiere acreditación judicial previa de la insolvencia del deudor, sino que basta con la disminución provocada de su patrimonio, que impide al acreedor ejercitar otro medio para la reparación del perjuicio patrimonial que sufre.—Lo expuesto, que forzosamente implica acoger el motivo de casación formulado, no se opone a la existencia de la acción pauliana del artículo 1111 CC, en relación al principio de responsabilidad universal del artículo 1911 CC.

Esta acción es un recurso judicial que tienen los acreedores para acudir a los Tribunales y obtener la anulación de los actos dispositivos de su patrimonio que el deudor haya efectuado en fraude de su derecho. Es acción subsidiaria, porque para que tenga éxito ha de haberse dirigido primero contra los bienes en poder del deudor. Pero la existencia de esta acción no impide el ejercicio de la formulada por la entidad recurrente al amparo de la nueva construcción jurisdiccional. Más aún, cuando la ejecución directa contra el demandado individual no se produce expectativa alguna de pago de lo debido por anotaciones previas de embargo de otros bienes del mismo y por imposibilidad de embargo de la finca objeto de la obra, a causa de su aportación a la sociedad demandada. Y a este respecto conviene subrayar que, en relación a la acción pauliana, el TS ha declarado que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor o

que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afecta, que es lo que aquí acontece. (SS de 28 de julio de 1912, 7 de enero de 1958, 13 de enero de 1986, 6 de abril, 12 de mayo y 25 de noviembre de 1992, y 2 de junio de 1995). (STS de 2 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa contratista de obras efectúa una serie de ellas en ciertas fincas propiedad de un señor, lo que produce un crédito a su favor, que se instrumentó en varias letras de cambio con vencimiento el 31 de enero de 1992. A petición del deudor, las letras se renovaron con vencimiento el 31 de marzo de mismo año. El día 2 de marzo, el deudor constituye una sociedad con sus hijos, a la que aporta las fincas de su propiedad en que se efectuaron las obras y que constituían su único patrimonio no embargado. Ante el impago del deudor, la empresa contratista demanda al deudor y a la nueva sociedad, invocando la doctrina del levantamiento del velo. El Juzgado acoge parcialmente la demanda en una sentencia que revoca la Audiencia Provincial, que estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada, dejando sin efecto la condena a la misma. La empresa acreedora interpone el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (M. C. B.)

12. Derechos de socio del Real Club Náutico: baja de socio, antes elegido Presidente: aceptación de letras no justificadas: presunción de inocencia en el ámbito civil: doctrina jurisprudencial.—Es doctrina tanto del TC como del S que el derecho a la presunción de inocencia actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas, y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos; y por ello no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil. Sin embargo, se ha declarado igualmente que tal presunción opera también fuera del ámbito de la jurisdicción penal, en relación a la conducta de las personas de cuya apreciación surja un resultado sancionador, por lo que el alcance de tal principio tiene que referirse a los casos en que se pronuncie sentencia condenatoria sin pruebas, o totalmente equivocadas, o ilegítimas o atentatorias a la libertad del proceso y resulte suficientemente averdada la ausencia de responsabilidad en quien resultó civilmente condenado. En el presente caso la sanción impuesta al recurrente, que ha sido adecuada a su proporcionalidad con la falta cometida por los Tribunales de instancia, acredita que ante ellos se demostró la realidad y certeza de los hechos imputados en el pliego de cargos del expediente. Aunque no exista la paladina aceptación del sancionado, implícitamente sí ha admitido los hechos, y además hay una pluralidad probatoria de datos que conducen inexcusablemente a dicha conclusión. Para enervar la presunción de inocencia no se precisa la aceptación de los hechos por el imputado, basta que la prueba así lo acredite.

Responsabilidad del Presidente de la Junta Directiva.—Cuando se trata de firmar, aceptando dos letras de cambio libradas por una entidad totalmente extraña al Real Club Náutico, y con montante cada una de ellas de cinco millones de pesetas, y ello por parte de todos los componentes de la Junta Directiva, sin comprobación, ni gestión alguna previa, que no consta, supone una conducta a todas luces negligente en sumo grado, que no se limita al Tesorero o Contador, sino que alcanza al Presidente de la Junta Directiva. Por la omisión de una mínima diligencia, cual es la de inquirir la causa de esa aceptación, en una entidad que no tenía ninguna relación que justificara tal remisión de efectos para su aceptación, se ha producido un resultado dañoso para la entidad. No puede sostenerse con razón y sentido que el Presidente es una mera figura decorativa que firma sin enterarse y descarga sus responsabilidades en los demás miembros de la Junta Directiva. No se trata de hacer cargar sobre el Presidente la marcha económica de la sociedad, sino de exigirle la mínima cautela y prudencia que aparece omitida; tal conducta supone el paradigma de la negligencia por encontrarse fuera de las normas de cautela y previsión socialmente aceptadas.

Fundamento de la casación civil.—Los motivos de este recurso han de fundarse en normativa de Derecho privado con categoría de ley, o asimilados a leyes, como han declarado las SSTS de 26 de septiembre de 2000 y 27 de marzo de 2001, apareciendo vedada la alegación como infringidas de normas administrativas o fiscales, tales como la Ley de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (STS de 26 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hechos contemplados en la sentencia aquí extractada constituyen el último acto de una serie de vicisitudes ocurridas en el seno del Real Club Náutico de determinada ciudad marítima. En 1991 es elegido Presidente el actual recurrente, y en las Juntas Generales de 1993 no se aprueban las cuentas por aparecer en ellas, aceptadas a cargo de aquella entidad, dos letras por un total de diez millones de pesetas no justificadas. Inicialmente la Junta Directiva expulsa al Tesorero, pero ulteriormente dimite toda la Junta, procediéndose a elegir otra; la nueva inicia un expediente para aclarar las posibles responsabilidades, descubriéndose que uno de los miembros de la anterior Junta pertenecía a la sociedad libradora de los efectos, miembro que posteriormente reintegró su importe al R. C. N.; en el expediente se acuerda dar de baja al anterior Presidente; éste recurre el acuerdo de baja ante el Juzgado de Primera Instancia el cual confirmó parcialmente la resolución del expediente disciplinario, pero sustituyó la baja definitiva por la suspensión de un año en sus derechos de socio, al tiempo que le condenó a indemnizar los perjuicios causados a la entidad; la Audiencia Provincial confirmó la clase de sanción de baja temporal, y revocó la condena a indemnizar. El recurso interpuesto por el socio sancionado, es rechazado con base en la doctrina extractada.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia (Pte.: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ) me parece de singular interés por aclarar la clase de diligencia que debe inspirar la actuación del Presidente de una asociación sin ánimo de lucro, en materia patrimonial; ciertamente que recaen en el Tesorero y en el Secretario de aquella entidad las obliga-

ciones reglamentarias para comprobar la regularidad de las cuentas, y, con anterioridad, la justificación para asumir la responsabilidad del pago de una suma no precisamente moderada para el presupuesto de la asociación. La explicación del presente caso puede radicar en el hecho de que la entidad libradora de las letras —que se ha demostrado carente de cualquier relación con el R. C. N.— parece que atravesaba un difícil momento financiero, y la hábil gestión —¿dolosa?— de uno de los miembros de la Junta Directiva de aquél, y que pertenece simultáneamente a la libradora, viene a dar un respiro a la empresa en crisis; dicha persona ha reintegrado la suma al iniciarse el expediente. La descripción y valoración jurídica de la actuación del Presidente y su deber de diligencia son objeto de un fino análisis, y resultan plenamente de aprobar. (G. G. C.)

13. Naturaleza jurídica de la actividad de las Cámaras de comercio.—No toda corporación de Derecho público puede, sin más, considerarse enmarcada en el sistema de las Administraciones Públicas. Pese a establecerse una forma pública de personificación, es evidente que a través de dichas corporaciones se canalizan mayoritariamente intereses sectoriales o estrictamente privados de sus miembros. En consecuencia, la actividad de las corporaciones presenta un doble carácter. Por un lado, su actividad es administrativa en lo que se refiere a la constitución de sus órganos o a los limitados casos de ejercicio de funciones públicas conferidas o delegadas. Por otro, su actividad es privada en lo atinente a la promoción o defensa de los intereses sectoriales o profesionales de sus miembros. En consecuencia, ni sus fondos constituyen dinero público, ni sus cuotas son exacciones de tal carácter, ni sus empleados deben considerarse funcionarios ni, por último, a sus contratos puede atribuirse naturaleza administrativa. En atención a estos datos, la Sala de lo Civil del TS ha afirmado reiteradamente (SSTS de 22 de octubre de 1999 y 24 de enero, 28 de febrero, 20 de mayo y 25 de noviembre de 2000) su competencia para conocer de las demandas formuladas por las Cámaras de comercio, para obtener de sus socios el pago de las cuotas camerales devengadas y no satisfechas. (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, formuló demanda contra *Sony España, S. A.*, reclamándole el pago del llamado «recurso cameral» correspondiente a las anualidades de 1990, 1991 y 1992. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas. En grado de apelación, esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que condenó a la entidad demandada al abono de la cantidad solicitada, más los intereses legales devengados desde el acto de conciliación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Sony España, S. A.* (M. C. C. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. La nulidad radical de un negocio jurídico es imprescriptible.—El artículo 1459, núms. 2.º y 5.º, párrafo tercero, CC, establece la prohibición para los mandatarios y abogados de adquirir por compra, por sí o por persona

intermedia, aunque sea en subasta pública o judicial, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (mandatarios), o los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio (abogados).

Las prohibiciones que establece el artículo 1459 del CC tienen un fundamento de orden moral, y por ello, su violación da lugar a la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado (art. 6.3 CC).

La nulidad radical o absoluta, a diferencia de la anulabilidad o nulidad relativa (art. 1301 CC) no es sanable por transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* y en sintonía con el principio de *quod nullum est, nullum effectum producit*. Por lo tanto, el artículo 1964 CC no es aplicable cuando la acción básica ejercitada en la demanda de nulidad radical de un negocio jurídico es imprescriptible.

Prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles en Cataluña.—En el territorio de Cataluña no rige la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles por lo que debe estarse al artículo 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (artículo redactado por la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2001, de 31 de diciembre) que señala que «la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo las servidumbres, que nunca pueden usucapirse, tiene lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años sin necesidad de título ni de buena fe». Lo mismo es de aplicación al dominio y a todos los derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años. (STS de 25 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. G. interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad de la subasta judicial celebrada el 28 de julio de 1970 por la que se le adjudica el remate al tercero don D. R. O., abogado. Asimismo solicita que se le reconozca tanto a él como a los doscientos dieciséis trabajadores restantes de TISA a ostentar la titularidad de la factoría en concepto de propietario por razón de la subasta celebrada el 22 de octubre de 1969 ante la Magistratura de Trabajo número 8 de Barcelona; en la licitación, el remate de la factoría fue declarado a favor de don D. R. O. que actuaba en representación de los doscientos dieciséis trabajadores de TISA.

Don F. T. G. contestó a la demanda reconvencional formulada por don E. S. S. Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia declaró fundada la excepción de litisconsorcio activo necesario e impuso las costas a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don F. T. G. revocando la sentencia dictada en primera instancia y declarando la nulidad parcial de la mitad afectante a don D. R. O. en virtud de la subasta judicial celebrada el 28 de julio de 1970. La Audiencia dispuso que el dominio de la mencionada mitad corresponde a los adquirentes de la finca en virtud de la subasta celebrada el 22 de octubre de 1969 que tendrán que abonar a don D. R. O. nueve millones veinticinco mil pesetas con intereses desde el 7 de agosto de 1970 y diez millones trescientas setenta y una mil seiscientas once pese-

tas con intereses desde el 20 de enero de 1976. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La jurisprudencia viene declarando que la violación de las prohibiciones que establece el artículo 1459 CC da lugar a la nulidad de pleno derecho debido a que obedecen a un fundamento de orden moral (*vid.* SSTs de 27 de mayo de 1959, 11 de junio de 1966 y 19 de mayo de 1998, entre otras).

El TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la nulidad radical o absoluta no es sanable por transcurso del tiempo (*vid.*, entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 6 de febrero de 1989, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 23 de julio de 1993, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000). (*M. C. L. J.*)

15. Nulidad de los contratos: la simulación contractual.—La doctrina jurisprudencial considera inaplicable el artículo 1306 CC a los contratos simulados de forma absoluta, ya que este tipo de simulación supone la inexistencia del contrato y, para aplicar el citado artículo, es necesario que el contrato exista aunque adolezca de determinados vicios de nulidad (SSTs de 26 de junio de 1903, 7 de febrero de 1959 y 30 de octubre de 1985). No obstante, cuando dicha simulación es relativa, es decir, se disimula la realidad de otro contrato que es el querido por los contratantes, sí cabe aplicar el citado precepto. Considera el TS que la existencia de un contrato simulado (*compraventa de oficina de farmacia*) que encubre otro contrato querido por los contratantes (*regencia de dicha farmacia*), impide la aplicación del artículo 1306 CC al primero por ser éste inexistente, pero la permite para el segundo, aunque adoleciese de un vicio de nulidad por estar prohibido por la ley (por ejemplo, por ser contrario a las disposiciones de una norma administrativa).

El significado de la causa torpe del artículo 1306 CC.—Es unánime entre los intérpretes del Código civil, que el término «causa torpe» mencionado en el artículo 1306 CC se debe aplicar a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sean susceptibles de infracción penal, ya que para estos otros se contemplan las disposiciones del artículo 1305 CC. (STS de 2 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda sobre nulidad del contrato de compraventa de oficina de farmacia por existencia de simulación contractual. Los demandantes solicitan, a su vez, que se lleve a cabo por las demandadas la restitución de los beneficios obtenidos por la explotación comercial de la citada farmacia.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima íntegramente el recurso formalizado por las demandadas, y estima en parte el recurso de la actora declarando la nulidad de los contratos de compraventa y revocando parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida en casación esta resolución, de nuevo por la parte actora, el TS desestima el recurso y le impone las costas del mismo. (*S. E. M.*)

16. Compraventa, préstamo y fiducia *cum creditore*. La jurisprudencia discute si el plazo de cuatro años para interponer la acción de anulabilidad *ex artículo 1301 CC* es de prescripción o de caducidad.—Lo que resulta decisivo para el rechazo es que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC no ha sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la S de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965, 28 de octubre de 1974, 27 de marzo de 1987 y 27 de marzo de 1989), al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad.

La apreciación de vicios del consentimiento requiere prueba por parte de quien los alega. No cabe confundir causa con consentimiento.—Los juzgadores de instancia rechazaron la concurrencia de vicios invalidantes del consentimiento (error o dolo) por ausencia de pruebas y esta decisión es correcta, pues la apreciación de tales vicios requiere prueba cumplida de su realidad, prueba que incumbe a la parte que los alega (SS de 4 de diciembre de 1990, 13 de diciembre de 1992 y 30 de mayo de 1995).

No cabe confundir causa con consentimiento, éste existió en el caso que nos ocupa y ningún vicio acreditado lo invalida y menos actúa con proyección a decretarse la nulidad de la escritura de referencia, cuando en realidad se refiere a relación obligatoria para las partes distinta de la compraventa y en la que concurrió consentimiento suficiente y eficaz, por lo que el documento público no está por completo despojado de voluntad válida a cargo de los demandantes, y en cuanto a la interna en conjunción con la de los compradores demandados.

No procede declarar nula la escritura de compraventa porque las partes han celebrado un negocio fiduciario *cum creditore*, en cuya virtud los prestamistas, titulares formales de las fincas, no adquieren el dominio, sino una garantía para la devolución de lo prestado.—La realidad negocial querida la encuadra la sentencia recurrida en la fiducia *cum creditore*, pues si bien no ha habido una transmisión material de las fincas, ya que las conservan los demandantes, sí concurrió transmisión formal, que no tenía otra finalidad que asegurar a los prestamistas (esposos demandados) la devolución de las cantidades que habían desembolsado. La jurisprudencia de esta Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes (art. 1255 CC) y ha venido a declarar (SS de 19 de mayo de 1982, 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991 y 5 de julio de 1993) que actúa como *causa fiduciae* no la enajenación propiamente, sino el afianzamiento del débito contraído, con lo cual el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, por no ser ésta la finalidad perseguida, pues sólo se pretendió la garantía, sin voluntad decidida ni vinculante de comprar o vender (S de 6 de julio de 1992), por eso la S de 15 de junio de 1994 censura el pacto comisorio, para hacer suyas las fincas y la de 19 de junio de 1997 declara ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio fiduciario.

Mediante la referida relación el propietario formal no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el dominio, y la compraventa utilizada resulta ser un instrumento ficticio (S de 22 de febrero de 1995).

La titularidad formal desplegada produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento de un *ius o título retinendi* (SS de 30 de enero de 1995, 2 de junio de 1982 y 6 de julio de 1992), por lo que hay que decidir que no procede la pretendida nulidad de la escritura de compraventa como sostiene la recurrente.

No infringe las reglas de la condena en costas la sentencia que las impone, pese a la coincidencia de las partes en que la escritura se otorgó por error, pues ello, por sí solo, no constituye un acogimiento parcial expresado y decidido de las pretensiones de la parte demandante.—Este último motivo (tercero) contiene denuncia de infracción del artículo 523 de la LEC, para combatir la condena en costas que impuso la sentencia de apelación, argumentando que ha tenido lugar una estimación implícita de la demanda, ya que se da coincidencia en las partes respecto a que la escritura de compraventa se otorgó por error. Sucede que la recurrente suplicó la nulidad de la escritura de 17 de junio de 1988 sin respetar la subrogación que contiene del crédito hipotecario a favor del *Banco Herrero, S. A.*, lo que mantuvo en casación y fue en vía reconvencional cuando quedó establecido el negocio efectivamente llevado a cabo del préstamo con garantía real, por lo que sus pretensiones no fueron satisfechas judicialmente y procede la aplicación del precepto aportado como infringido, lo que correctamente hace la sentencia, ya que no se trata de un acogimiento parcial expresado y decidido, pues tampoco se petitionó lo procedente constancia registral del negocio, tratándose de una petición tardía en sede casacional, lo que determina el rechazo del motivo. **(STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—Ambos esposos de un matrimonio interponen, cada uno por su parte, sendas demandas contra los integrantes de otro matrimonio y cierto Banco, solicitando que se declare nula la escritura de compraventa y subrogación de préstamo hipotecario que todos ellos otorgaron, los demandantes como vendedores y los demandados como compradores y nuevos deudores del citado préstamo, aduciendo que la escritura se otorgó por error y/o dolo imputable a los demandados. El Banco alegó excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto que el matrimonio demandado reconvino solicitando que se declare que la citada escritura se otorgó por error, al ser el negocio realizado no una compraventa, sino un negocio en garantía de unos préstamos hechos por los demandados a los demandantes, por lo que sobre el inmueble sólo ostentan un derecho de retención y crédito preferente en tanto se extinguen las obligaciones de los prestatarios-demandantes, obligaciones que piden se declaren. Acumulados los procesos originados por ambas demandas, el Juzgado de Primera Instancia apreció la falta de legitimación pasiva del Banco demandado, al tiempo que desestimó íntegramente tanto las demandas como las reconvenciones, declarando la validez de la citada escritura. Apelada la sentencia por la parte demandante y adherida la demandada al recurso, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la resolución de instancia en lo tocante a la reconvención, que estima íntegramente, declarando que el negocio celebrado era en realidad una fiducia *cum creditore* y que los demandantes-apelantes resultan ser deudores de los demandados-

adheridos en tanto no satisfagan los préstamos que se les hicieron. La esposa demandante interpone recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

17. Carga de la prueba sobre la ilicitud o la inexistencia de la causa contractual.—Mediando contrato, se presume que existe la causa (art. 1277 CC) y se dispensa de toda prueba sobre su existencia y licitud a los amparados por ella, correspondiendo la carga de la prueba a quienes pretendan destruirla.

Prueba de la simulación del contrato: no es suficiente la relación de parentesco entre vendedor y comprador.—Por sí sola, la relación familiar íntima entre los contratantes *no reviste la entidad suficiente para destruir* la presunción de existencia y licitud de la causa del artículo 1277 CC.

La insolvencia del deudor como presupuesto para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores.—La acción pauliana o acción de rescisión por fraude es un remedio especial y, como tal, sólo puede ser estimada cuando el acreedor haya agotado las posibilidades de cobro de su crédito, siendo insuficiente la prueba de que no figuran en el Registro de la Propiedad fincas a nombre del deudor. (STS de 29 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria demandante concedió un crédito de tres millones de pesetas a *Movimientos Azorín*, siendo fiadores solidarios el matrimonio demandado y otros dos sujetos. Dos meses después, el citado matrimonio vendió su casa y otras dos viviendas a su hijo y nuera, en dos compraventas con bajos precios (al menos una de ellas), que no han sido del todo pagados. El matrimonio vendedor continúa habitando una de las viviendas vendidas. La entidad prestamista, cerrada la cuenta correspondiente con saldo deudor, demanda la declaración de nulidad de las compraventas por simulación o, alternativa y subsidiariamente, su rescisión por fraude de acreedores. Las dos instancias desestimaron la demanda y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

18. Interpretación de los contratos: artículo 1281 CC.—De los tres criterios jurisprudenciales, objetivo, subjetivo y espiritual, la sentencia anotada se decanta por el primero de ellos en orden a la interpretación de los contratos. Respecto a la intención de los contratantes como criterio interpretativo el TS no tiene duda en declarar que no tendrá efecto si, por su declaración, el otro contratante entendió cosa distinta. Por lo tanto, en caso de discordancia serán los tribunales los que deberán pronunciarse a cerca del sentido que hay que dar a los pactos convenidos. Así: SSTS de 18 de octubre de 1962, 26 de noviembre de 1974, 18 de febrero de 1980, 6 de febrero de 1981, 25 de junio de 1985 y 15 de diciembre de 1992. Establece la última de las mencionadas que «... la intención que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye... es evidente que no puede atenderse a lo que cada uno pensó al contratar sobre aquello que es objeto de discordia, ya que una cosa es que conforme a los artículos 1281 y 1282 haya de indagarse en la intención de los contratantes y otra cosa muy diferente que esa intención haya de averiguarse según lo que ellos quisieron».

En algunas ocasiones el Alto Tribunal quiere dejar constancia de que la finalidad última de la interpretación contractual consiste en la verdadera y real voluntad de los contratantes, constituyendo ésta el punto de partida para saber cuáles son las obligaciones asumidas por cada una de ellas en la relación contractual (SSTS de 26 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1992, 2 de septiembre de 1997). Es el apartado primero del artículo 1281 CC el que establece la primera regla a seguir en la interpretación contractual. El precepto implica una valoración de las palabras y de la congruencia que guarda con la voluntad, de forma que en casos de discordancia el Tribunal resolverá con arreglo al criterio subjetivista y de forma sistemática: SSTS de 7 de febrero de 1964, 9 de diciembre de 1965, 22 de febrero de 1966, 17 de junio de 1970, 11 de noviembre de 1989, 16 de julio de 1992, 4 de julio de 1997, 18 de mayo de 1998 y 2 de junio de 1998).

El TS ha establecido una relación peculiar entre la interpretación y el recurso de casación, no entrando en la mayoría de los casos sobre consideraciones de fondo en la labor de interpretación, sino que da por válida la labor hermenéutica que el Tribunal de instancia ha llevado a cabo utilizando la mencionada frase «de la soberana apreciación del Tribunal de instancia», no considerándose en la mayoría de los casos apto para en casación entender de la cuestión debatida que sobre la interpretación de un contrato se suscitó (SSTS de 25 de abril de 1986, 23 de febrero de 1988, 23 de marzo de 1990, 18 de enero de 1991, 11 de marzo de 1992, 6 de febrero de 1995, 28 de junio de 1997, 3 de abril de 1998 y 14 de febrero de 2002). La interpretación sólo podrá ser atacada en casación cuando se acredite que la Sala de instancia ha infringido alguna de las normas legales de la hermenéutica contractual al aplicar los hechos fijados, reveladores de la voluntad contractual, ya que la claridad de un contrato elimina la necesidad de interpretarlo. Así: SSTS de 17 de octubre de 1977, 28 de octubre de 1977, 25 de enero de 1978 o 2 de septiembre de 1997, «indagación innecesaria de la voluntad de las partes cuando los términos del contrato no dejan lugar a dudas sobre la misma». En relación con la sentencia anotada, la expresión «forman parte» significa que las fincas están integradas en una unidad, y no es lógico deducir que se abarca la totalidad de ésta, en armonía con la significación semántica de que «formar parte de cierta cosa» es ser uno de los miembros o componentes de ella.

Por lo tanto, «la interpretación de los contratos es facultad soberana de los Tribunales de instancia y prevalecerá en principio, salvo que resulte equivocada, errónea, ilógica o absurda, la sentencia traída a casación» (STS de 11 de marzo de 1997). De tal forma que si el texto es claro el juez debe abstenerse de más indagaciones, ya que «lo que está claro no necesita interpretación» (SSTS de 22 de junio de 1984, 3 de mayo de 1985, 26 de noviembre de 1987, y 26 de noviembre de 1997).

Inaplicación del artículo 1282 CC.—Continúa este precepto estableciendo y delimitando las normas, las reglas para llevar a cabo la labor de interpretación de los contratos pero con carácter complementario y subsidiario al artículo 1281 CC (SSTS de 26 de febrero de 1973, 28 de junio de 1997, 21 de mayo de 1997 y 5 de febrero de 1998). Requiere para su aplicación la justificación de unos actos coetáneos, posteriores e incluso anteriores a la celebración del contrato de que se trate (SSTS de 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 19 de febrero de 1965, 28 de septiembre de 1965, 24 de abril de 1976 y 28 de noviembre de 1997). Según interpretación del TS sólo puede traerse a colación cuando las reglas interpretativas del artículo que le precede son insufi-

cientes para determinar el verdadero significado de los pactos y cláusulas contractuales (SSTS de 26 de noviembre de 1960, 14 de enero de 1964 y 7 de noviembre de 1966).

Objeto del contrato.—El objeto del contrato debe ser cierto, debiendo entenderse este calificativo en el sentido de determinado «el contrato de compraventa tiene objeto cierto, y teniéndolo no es cierto que falte este requisito esencial cuando la cosa vendida y su precio están determinados por los contratantes, de tal forma que sin necesidad de nuevo convenio puede saberse con certidumbre qué sea lo vendido y cuál es la cantidad vendida por precio» (SSTS de 8 de mayo de 1895, 30 de mayo de 1979, 9 de enero de 1995, 5 de mayo y 10 de octubre de 1997 y 17 de febrero de 1998).

Valoración arbitraria de la prueba.—Establece la STS de 14 de febrero de 2002 que para acusar error en la valoración de la prueba relativa a los daños y perjuicios, «toda vez que no se aduce precepto de prueba infringido, ni consta arbitrariedad alguna, cuyo planteamiento, por lo demás, no puede consistir en un juicio de descalificación genérica, pues quien la alega debe, conforme a sus criterios, razonarlo con detalle y ofrecer una demostración convincente». (STS de 14 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión controvertida gira en torno a la delimitación de la cosa objeto del contrato de compraventa celebrado entre la entidad *Inonsa, S. A.* y *Venpisa*. La primera, actora-recurrente, sostiene que el objeto comprado abarca la totalidad del suelo afectado por la Unidad de Actuación 18 (2) del Plan de Ordenación Urbana de Almería, mientras que la segunda, demandada-recorrida, sustenta que únicamente vendió las dos fincas descritas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988 que se hallan ubicadas dentro de dicha Unidad y no la totalidad del terreno a que esta Unidad se extiende. El Juzgado de Primera Instancia falló a favor del actor, no así el Tribunal de apelación, que revocó la sentencia de instancia que fue confirmada en casación. (*M. F. N. C.*)

19. Función interpretativa.—La función interpretativa corresponde al juzgador *a quo* y es únicamente susceptible de revisión casacional cuando se haya incurrido en ilegalidad, arbitrariedad o apreciación contraria a las reglas del buen sentido o raciocinio lógico.

Principio *in dubio pro operario*.—El principio *in dubio pro operario* sólo es aplicable en materia de interpretación del Derecho cuando la norma laboral adolezca de oscuridad y tenga varias interpretaciones, una vez agotados otros criterios hermenéuticos (entre otras, SSTS, Sala 4.^a, de 18 de febrero de 1985, 22 de diciembre de 1986, 29 de noviembre de 1989 y 8 de mayo de 1992). Dicho principio, como subsidiario de la ley y la costumbre, debe ser invocado en casación con el apoyo jurisprudencial correspondiente.

Principio de conservación del contrato.—El precepto del artículo 1284 CC y el principio de conservación del contrato recogido en el mismo sólo son aplicables cuando la norma contractual tiene varios sentidos y la intención de las partes no ha podido precisarse mediante los elementos de interpretación de los artículos 1281 y 1282 CC (SSTS de 20 de enero de 1990, 30 de mayo de 1991 y 28 de septiembre de 1996, entre otras), pues las restantes reglas interpretativas tienen carácter subsidiario o complementario cuando los tér-

minos son claros y absolutos y resulta evidente la voluntad depositada en el contrato. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. P. y doña P. S. L. suscriben en mayo de 1991 con la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* una póliza de préstamo hipotecario, por importe de diez millones de pesetas, para la adquisición de una vivienda en las condiciones especiales previstas para los empleados de la Entidad. Producida la extinción de la relación laboral por cese en el mes de enero de 1994, la *Caja de Ahorros* formula procedimiento judicial del artículo 131 LH. Don E. A. P. y doña P. S. L. interponen demanda de juicio de menor cuantía en la que suplican, con carácter principal, la subsistencia del préstamo en las mismas condiciones, la declaración de nulidad de la cláusula quinta de la póliza por ser contraria a la ley y al Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro y, por último, que se deje para ejecución de sentencia la determinación de los daños y perjuicios producidos a consecuencia del planteamiento del procedimiento judicial sumario hipotecario. Subsidiariamente, para el caso de que no se admita la primera de las peticiones expresadas, solicitan que se acuerde aplicar a los actores las condiciones establecidas para los préstamos ordinarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión deducida. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

20. Cláusula penal. Criterio restrictivo en su aplicación.—Conforme a doctrina jurisprudencial reiterada, existe un criterio restrictivo en la aplicación de la cláusula penal, motivado por el hecho de que dicha cláusula constituye una sanción penal (STS de 8 de febrero de 1993) y una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que para su aplicación es necesario que no se hayan alterado los supuestos de base (STS de 23 de mayo de 1997), de tal forma que si se alteran la cláusula pierde su eficacia (STS de 25 de noviembre de 1997) y no puede aplicarse (STS de 3 de febrero de 2000).

Indemnización de daños y perjuicios. Prueba de su existencia.—La jurisprudencia exige que se pruebe la existencia de los daños y perjuicios aunque su cuantificación puede dejarse para ejecución, pero también mantiene que si un incumplimiento demuestra, *per se*, el daño, no es preciso la prueba explícita de éste, pues deriva de aquél *in se ipsum* (SSTS de 5 de junio de 1985, 15 de junio de 1992, 18 de julio de 1997, 11 de marzo y 31 de mayo de 2000). La no devolución de un aval implica, *per se*, un daño que no es preciso probar su existencia, pues deriva del hecho mismo, *in se ipsum*, y su cuantía se determina en ejecución de sentencia. (STS de 5 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre *Construcciones Zagra, S. A.* como contratista e *Inmobiler, S. A.* como comitente, la obra se ejecutó y se abonó parte del precio. La contratista presentó demanda reclamando el pago del resto del precio, la devolución del aval y los daños y perjuicios derivados de la no devolución de éste. La comitente formuló demanda reconvenzional con respecto al pre-

cio, a unas partidas no ejecutadas o mal ejecutadas y a la cláusula penal relativa al retraso en la ejecución de la obra.

La sentencia de la Audiencia Provincial revoca la de primera instancia y estima parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. Condena a la comitente a pagar el resto del precio, a devolver el aval y a satisfacer los daños y perjuicios causados por la no devolución de éste; asimismo, condena a la contratista al pago de una determinada cantidad de dinero y considera no aplicable la cláusula penal por retraso al modificarse las circunstancias en las que se pactó. La comitente presenta recurso de casación cuyos motivos se centran en la desestimación de su pretensión de condena en virtud de la cláusula penal y su condena a la indemnización a la otra parte de los daños y perjuicios por no devolución del aval. (L. S. M. P.)

21. Contrato de obra. Cláusula penal por retraso del contratista. Modificación o adición de obra.—Aunque toda adición o modificación de obra suponen variación del proyecto inicial, ello no significa, necesariamente, que deje de aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto. Cuando el contratista necesite más tiempo del pactado para terminar la obra, el retraso seguirá estando penalizado, aunque se le descontará el tiempo que necesitó o se acordó para las modificaciones. Sólo dejará de aplicarse la cláusula penal por retraso cuando por la naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes dicha modificación no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación total.

Cláusula penal por retraso. Facultad moderadora del Juez.—La facultad moderadora del Juez prevista en el artículo 1154 CC sólo opera en el supuesto de cumplimiento parcial irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que se estipuló la cláusula). En el caso de cláusula estrictamente moratoria no existe dicha facultad, pues durante el tiempo de la mora el incumplimiento es total, sin que pueda hablarse de cumplimiento parcial o irregular. (STS de 27 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Constructora Alyser, S. L.* demanda a J. I. H. y a M. L. F. solicitando que se les condene solidariamente al pago de diez millones y medio de pesetas más intereses legales que se le adeudan por el impago de certificaciones de obra ejecutada en virtud de un contrato de obra. Los demandados se oponen a la demanda alegando defectos de forma y, subsidiariamente, la compensación de la cantidad señalada con la que a ellos se les adeuda como consecuencia de la penalización por retraso en la ejecución de las obras prevista en el contrato.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa y no entra en el fondo del asunto. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por *Constructora Alyser, S. L.* y revoca la sentencia recurrida. Desestima la demanda porque considera extinguida la deuda por compensación entre lo debido por los demandados a la actora y lo debido por ésta a aquéllos en virtud de la cláusula penal por retraso en la ejecución de las obras prevista en el contrato. El TS desestima el recurso de casación presentado por *Constructora Alyser, S. L.* que

alega infracción del artículo 1152.II CC porque considera que la cláusula penal por retraso deja de operar cuando se producen modificaciones del proyecto de obra; e infracción del artículo 1154 CC por falta de moderación de la pena. (L. S. M. P.)

22. Incongruencia. Requisitos para su existencia.—La congruencia se ha de valorar desde la correlación entre el *petitum* y el fallo. Si no consta el abandono de una determinada petición en la apelación, su estimación no implica incongruencia.

Abandono de petición en el recurso de apelación.—El que la diligencia de vista no haga referencia al punto concreto de la reclamación de intereses no significa ni autoriza a presumir que la demandante-recurrente en apelación haya abandonado tal petición.

Intereses moratorios. Configuración.—El artículo 1108 CC configura los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de cumplimiento de obligaciones dinerarias, como una indemnización de carácter tasado que libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño e impide exigir y probar la existencia de un daño mayor.

Intereses moratorios. Cómputo.—Cuando el abono de intereses se postula en la demanda y no se fija por valoración probatoria, ha de computarse desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la firmeza de la sentencia.

***Illi liquidis non fit mora.* Atenuación del principio por la jurisprudencia.**—A partir de la STS de 5 de abril de 1992, el TS ha atenuado y modificado dicho principio. Se considera, en efecto, que se trata no sólo de una sanción al deudor moroso, sino también de una protección judicial de los derechos del acreedor. Por ello, no basta con entregar aquello que en su día se le debía, sino también lo que en el momento del abono representa tal suma. De no ser así, considera el TS que nos encontraríamos ante una situación de enriquecimiento injusto, pues el deudor moroso obtendría una ganancia indebida.

Indemnización de daños y perjuicios. Relación con el incumplimiento.—La indemnización de daños y perjuicios no es inexorablemente consecuencia del incumplimiento. Es preciso demostrar la existencia real de los mismos para que pueda condenarse a su reparación.

Apreciación de daños y perjuicios. Competencia del Tribunal de Instancia.—La apreciación de daños y perjuicios es tema atribuido al Tribunal de Instancia, pues su existencia y prueba es una cuestión de hecho. El recurso de casación no es una tercera instancia, por lo que no procede pretender la revisión de las pruebas.

Prueba de peritos. Valoración libre. Requisitos de impugnación en casación.—No existen reglas preestablecidas que rijan la estimación de la prueba de peritos, que es de apreciación libre, no tasada, valorable por el juzgador según su prudente criterio. La valoración realizada por el Juez puede impugnarse en casación sólo si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad, conculca las más elementales directrices de la lógica, tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales, falsea de forma arbitraria sus dictados o extrae deducciones absurdas o ilógicas.

Prueba de confesión judicial.—Se trata de una prueba sometida a valoración del Tribunal de Instancia, salvo en la hipótesis de realización de una declaración contra sí, que sólo es plena si se presta con juramento decisorio.

Valoración del acta notarial.—El acta notarial sólo demuestra que el notario fue requerido y levantó un acta en la fecha que en la misma figura. A ella no es aplicable el artículo 1218.II CC por no tratarse del supuesto en él contemplado. Dicho precepto se refiere a los contratos suscritos en documento público que «[...] harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que hubiesen hecho los primeros». (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Conorte, S. L.* interpone demanda contra *Areha, S. L.* sobre reclamación de cantidad más el pago de intereses de la suma señalada desde la interposición de la demanda. La demandada formula reconvencción y solicita la resolución del contrato suscrito entre ambas litigantes, así como indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la lectura de la sentencia deducimos los siguientes antecedentes de hecho: las partes habían suscrito un contrato de obra. *Conorte, S. L.* abandonó la obra dejando sin ejecutar algunas unidades. Parece que la cantidad reclamada por la demandante se refiere al precio de la, denominada en la sentencia, unidad 1.03. Dicho precio había sido fijado por las partes por un valor superior al de mercado, pues debía suprimirse la estructura metálica I. P. N., lo cual, según la demandada-reconviniente, encarecía dicha unidad. El 3 de agosto de 1994 se levantó acta notarial en la que se incorporaron fotografías que, según la demandada-reconviniente, demuestran la falta de realización de dicha demolición.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, declarando la resolución del contrato y condenando a *Areha, S. L.* a abonar a *Conorte, S. L.* la cantidad de 567.923 pesetas. La sentencia desestimó la petición de la demandante referida al pago de intereses.

Areha, S. L. formula recurso al que se adhiere *Conorte, S. L.* En la diligencia de vista *Conorte, S. L.* no hace referencia a los intereses.

La sentencia de apelación revoca la resolución de primera instancia acogiendo parcialmente la demanda y la reconvencción del modo que sigue: en primer lugar, condena a *Areha, S. L.* al pago de una cantidad a *Conorte, S. L.* En dicha cantidad se incluyen los intereses moratorios así como el precio fijado por las partes de la unidad 1.03, a pesar de que el informe del perito había valorado la ejecución según el valor de mercado. En segundo lugar, resuelve el contrato y condena a *Conorte, S. L.* al pago de indemnización de daños y perjuicios a *Areha, S. L.* en la que no se incluye la indemnización del daño financiero alegado por la demandada-reconviniente. *Areha, S. L.* recurre en casación.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, se ocupa de la valoración de la prueba de peritos en el artículo 348 disponiendo que «el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica».

El artículo 1218 CC, referido al valor probatorio de los documentos públicos, sigue en vigor, pues no ha sido derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero (véase a este propósito la DD Unica 2.1.º). (B. F. G.)

23. Fiadores solidarios: autonomía y no subordinación de la acción de rescisión por fraude de acreedores.—En los supuestos de solidaridad, se atenderá a la solvencia o insolvencia del fiador o deudor contra el que se dirige la acción pauliana o acción de rescisión por fraude, sin que sea preciso probar la insolvencia de todos los deudores o cofiadores como presupuesto para el ejercicio de la acción. Esto, con independencia del derecho que corresponda al fiador solidario para accionar después contra el deudor principal y los restantes cofiadores.

Presupuestos para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores: la cuestión de la anterioridad del crédito.—El orden cronológico de los actos no determina necesariamente el ejercicio de la acción pauliana, sino el hecho de que al realizar el acto perjudicial se conozca la existencia del crédito o su próxima y segura existencia. Por lo tanto, es posible estimar la acción aunque el nacimiento del crédito sea posterior al acto de enajenación del patrimonio si, al tiempo de la enajenación, se conocía la existencia del préstamo y la consiguiente situación de pendencia del posible crédito.

Presupuestos para la rescisión por fraude de la compraventa: la concurrencia de *consilium fraudis*.—En la compraventa se aprecia el *consilium fraudis* de los contratantes no sólo cuando hay una intención directamente dolosa, sino también cuando existe conciencia del daño que se causa: es suficiente el conocimiento, no se exige malicia [se apreció el fraude en este caso por varios indicios: 1) proximidad por parentesco entre la compradora y uno de los vendedores, 2) venta por precio inferior al real, y 3) falta de una motivación subjetiva en la compradora]. (STS de 15 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria concede un préstamo a una sociedad, siendo fiadores solidarios —entre otros— dos de los demandados. Dos meses antes de la fecha en que debía comenzar a amortizarse el crédito los dos cofiadores demandados realizaron por escritura pública dos compraventas por las que enajenaban dos plazas de garaje, una vivienda y un chalé. Parte importante del precio de estas enajenaciones se lo reservaba la compradora, hermana de uno de los vendedores, a fin de cubrir los supuestos gravámenes que pesaban sobre los inmuebles (estos gravámenes habían sido constituidos en garantía de cédulas hipotecarias emitidas por los vendedores, cuya efectiva puesta en circulación no consta, y de un crédito cuya subsistencia tampoco consta). Los vendedores siguen ocupando el piso y las plazas de garaje, en virtud de un contrato de arrendamiento de dudosa existencia. La entidad prestamista inicia un procedimiento ejecutivo contra los citados vendedores, demandados como fiadores solidarios; persiguiendo los citados bienes, demanda la rescisión de los contratos de compraventa por haber sido realizados en fraude de acreedores. En las dos instancias se desestimó la demanda, pero en casación hubo lugar al recurso y se declaró la rescisión de ambos contratos. (C. J. D.)

24. Prelación de créditos. Contrato de arrendamiento financiero frente a aval para garantizar préstamo bancario asegurado con hipotecas.—Es doctrina jurisprudencial reiterada —STS de 9 de noviembre de 1998— que «no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega de capital previa al arrendatario, ahora bien, ello no es

obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito».

En orden a esto –SSTS de 30 de octubre de 1995, 6 de junio de 1995, 30 de diciembre de 1998 y 7 de abril de 2000–, «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado. En cambio, la póliza de crédito concede la facultad al prestatario de exigir al prestamista cantidades hasta un máximo, tratándose así de una obligación de restitución de lo recibido nada más en el supuesto de que efectivamente haga uso de su facultad y hasta el monto en que lo haya efectuado, lo que exige su necesaria liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza para establecer el crédito que el concedente del crédito puede exigir al acreditado. Aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empuja a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que de una simple operación aritmética posterior, por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada; no depende, como en esta última, de las disposiciones de crédito y reintegros del prestatario durante su vigencia».

Por tanto, «en la póliza de préstamo, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la póliza de crédito la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación» (STS de 2 de noviembre de 2002). (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–*Caldererías Palentina* concierta póliza con el *Banco de Crédito Industrial, S. A.* el 19 de noviembre de 1990, cantidad que fue avalada por la *Sociedad de Garantía Recíproca Castellano-Leonesa, SOGACAL*, garantizándose la responsabilidad de este socio partícipe con una segunda hipoteca mediante escritura de 21 de noviembre de 1990, constituida a su favor sobre una determinada finca. Años más tarde, 13 de abril de 1992, *Caldererías Palentina* obtiene préstamo de la *Caja de Ahorros Municipal de Burgos*, avalado también por *SOGACAL*, que resultó garantizado mediante la constitución de una tercera hipoteca mediante escritura de 8 de marzo de 1993.

SOGACAL promueve procedimiento sumario del artículo 131 de la LH para obtener el reintegro de su crédito, en base a la segunda hipoteca, y el Juzgado aprueba el remate de la finca hipotecada a favor de la entidad *Comercial Agrícola del Cerrato, S. A.* ordenando la cancelación de la hipoteca ejecutada. El debate se centra en determinar la preferencia de los créditos sobre el importe del sobrante del precio de remate que el Juzgado acordó no devolver a *SOGACAL*, en tanto no se determinase el crédito preferente que permitiera el cobro de la referida suma.

SOGACAL interpone demanda de tercería de mejor derecho solicitando se declare mejor derecho y la preferencia de su crédito al ostentado por *Mercedes-Benz Leasing Sociedad de Arrendamiento Financiero, S. A.* y en concreto a percibir con dicha preferencia el sobrante habido en autos de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia y por el TS.

NOTA.—Frente a la tercera hipoteca de 8 de marzo de 1993 se opone por la entidad *Mercedes-Benz Leasing* el contrato de arrendamiento financiero llevado a cabo con *Caldererías Palentina* con fecha de 27 de agosto de 1991. A estos efectos el *leasing* se considera como una póliza de préstamo en la que la exigibilidad del precio queda determinada desde la fecha misma del contrato llevada a cabo con intervención de fedatario mercantil. Por lo tanto, es de aplicación para determinar la preferencia de créditos el artículo 1924.3.º del CC, que determina que es preferente el crédito que sin privilegio especial conste en escritura pública. (*M. F. N. C.*)

25. Novación extintiva y acción de resolución. La discordancia entre el contenido del contrato privado y la escritura pública posterior se resuelve a favor de ésta cuando consta una clara voluntad novatoria, no así cuando la escritura es de mero reconocimiento de un acto o contrato anterior. En el caso de autos la novación se deduce de la incompatibilidad entre la obligación originaria y la nueva, por lo que la escritura prevalece sobre el contrato anterior.—Se invoca violación por inaplicación del artículo 1224 CC y por aplicación indebida del artículo 1204 del mismo texto legal.

Respecto del primer precepto, hay que delimitar la cuestión, en primer término, al supuesto de hecho que el indicado precepto se refiere, esto es, a las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato anterior, supuesto para el cual se establece el citado precepto, en virtud del cual nada puede la escritura contra lo establecido en el anterior acto o contrato si no existe una clara voluntad novatoria, lo que supone, pues, que las estipulaciones de la convención originaria han de prevalecer contra lo acordado en la escritura pública, si ésta no implica un verdadero negocio novatorio, que ha de constar expresamente ese carácter, extremo este que está en concordancia con lo establecido en el artículo 1204 que exige para que una obligación preexistente sea sustituida por una nueva que así se declare expresamente o que la antigua o la nueva sean de todo punto incompatibles, residiendo en esa incompatibilidad la tácita voluntad de novar que de forma inequívoca se exige por la jurisprudencia de esta Sala para apreciar la novación, de la que no se aparta la sentencia citada por la parte recurrente de 30 de septiembre de 1992, que incide en lo reconocido en las sentencias anteriores de 15 de octubre de 1985 y 22 de diciembre de 1986, en las que se estima que, a parte de las escrituras públicas de mero reconocimiento de un acto o contrato anterior hechas para cumplir las exigencias formales para que lo inicialmente convenido produzca sus efectos, hay otras que tienen un carácter fundamentalmente novatorio del contrato primitivo, supuesto este último en el que hay que comprender la escritura pública de 6 de febrero de 1992, por darse esa incompatibilidad entre las estipulaciones que se hicieron constar en el documento privado y en el documento público, conteniendo el segundo no un mero reconocimiento del contrato anterior, a los efectos de cumplimentar el

requisito de forma para que pueda acceder el negocio al Registro de la Propiedad, sino una modificación objetiva de diversos elementos del contrato originario, supuesto éste que excede del simple reconocimiento al que se refiere el citado artículo 1224 CC y por consiguiente implica una verdadera novación. A la conclusión de que la escritura pública de 6 de febrero de 1992 implicaba una novación modificativa del contrato anterior, llegaron los Juzadores de instancia, en la consideración de estimar tanto las condiciones personales de las partes como de las objetivas, consistentes en las estipulaciones realmente ventajosas de los plazos e intereses acordados en el primer contrato, como el precio establecido para el segundo, llegando a deducir que el negocio jurídico no se trataba de un puro y simple contrato de compraventa, sino mixto de éste y donación.

La acción de resolución contenida en los artículos 1124 y 1504 CC exige un incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pago del precio, que no se estima producido en el caso de autos, al considerarse novado el contrato privado suscrito entre las partes.—Para que sea de aplicación la normativa de los artículos citados, es preciso que la parte compradora haya incumplido su obligación de pago del precio, supuesto fáctico que no entiende cumplido la sentencia recurrida, que sostiene que por el instituto de la novación las estipulaciones convenidas en el documento privado respecto a la cuantía del precio y a la forma de pago y en base a lo cual hace la reclamación la parte actora y recurrente quedaron sin efecto, y las que hay que entender vigentes son las que constan en la escritura pública otorgada casi dos años después, y en ella se manifiesta por la parte vendedora que ha recibido el precio de las viviendas en la cantidad estipulada en la misma, que ha quedado reducida a 4.120.000 pesetas, aunque retiene el 10 por ciento para hacer frente a las correspondientes obligaciones tributarias, hechos estos que niega la parte recurrente en la demanda en la que solicita la resolución del contrato a tenor del requerimiento resolutorio, que se ha cifrado en el incumplimiento del pago en los plazos estipulados en el contrato suscrito en documento privado en el año 1990, y no en la falta de acreditación del pago por la compradora de las obligaciones tributarias del vendedor de cuya falta de cumplimiento no hay constancia en la sentencia de instancia, por la sencilla razón de que no fue objeto de debate, y que ahora, como cuestión nueva, no puede plantearse en este recurso de casación. (STS de 28 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de sendos pisos celebran con una señora un contrato de compraventa que se formaliza en documento privado y en el que se estipula un precio conjunto para ambos inmuebles de veinticuatro millones de pesetas, a pagar en veinte años a razón de cien mil pesetas mensuales, más el importe correspondiente a los intereses, computados al tres por ciento anual. Dos años más tarde, el contrato se eleva a escritura pública, pero alterándose el precio y su modo de pago, que queda reducido a cuatro millones ciento veinte mil pesetas, que la parte vendedora declara haber recibido ya a la fecha de la escritura. Con posterioridad, la parte vendedora demanda la resolución del contrato de compraventa solicitando la restitución de los inmuebles, por impago del precio aplazado, esgrimiendo el clausulado del contrato privado. Tanto ambas sentencias de instancia como la de casación desestiman la

demanda, por entender que se produjo una novación del primer contrato, que devino en un negocio mixto de compraventa y donación. (M. C. B.)

26. Cesión de créditos. El pago del crédito por el deudor cedido al acreedor originario con anterioridad a la notificación de la cesión, extingue la obligación, pero un pago de tal naturaleza no tuvo lugar en el caso de autos.—De conformidad al artículo 1527 CC efectivamente el deudor cedido si paga la deuda a su acreedor originario antes de haber tenido conocimiento de la cesión, queda libre de la obligación contraída y nada puede reclamar el nuevo acreedor (cesionario), (SS de 19 de febrero de 1993 y 20 de febrero de 1995).

Al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviera frente al cedente y así tanto resulta procedente el haber satisfecho la deuda como alegar la compensación que pudiera corresponderle (SS de 27 de septiembre de 1991 y 24 de septiembre de 1993).

Los hechos probados ponen de manifiesto que el crédito existía al tiempo de hacerse la cesión, pues si bien hubo pagos anteriores al requerimiento notarial y llevados a cabo por la recurrente a cuenta de *Chocasa*, ésta aún resultó acreedora de aquélla por cantidades que integran los créditos cedidos, que en forma alguna han resultado satisfechos y por tanto no se ha producido la extinción de la deuda.

No puede estimarse producida una compensación de deudas cuya exigibilidad no estaba acreditada y entre cuyas prestaciones no existe identidad ni reciprocidad en el pago. Tal exigibilidad no puede probarse a través de la prueba de presunciones esgrimida sólo en casación.—La compensación interesada no puede ser acogida, pues no se da identidad de las prestaciones, ni la reciprocidad en el pago de 3.500.000 pesetas efectuada al propietario del local como precio del traspaso (SS de 26 de noviembre de 1991, 20 de junio de 1993 y 27 de junio de 1995) y sin dejar de lado, con carácter general, que no se acreditó la exigibilidad de las deudas a compensar en el momento de plantearse el litigio (SS de 16 de noviembre de 1993 y 6 de junio de 2000).

El motivo se rechaza. Resulta decisivo que el Tribunal de Instancia no hizo uso de la prueba de presunciones, y es en casación cuando se aporta. No es de recibo que trate de imponerse en este recurso extraordinario, lo que la Sala rechaza contundentemente (SS de 27 de octubre 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988, 18 de marzo de 1993, 24 de enero y 5 de marzo de 1996).

No es incongruente la sentencia que absuelve parcialmente de la demanda, cuya íntegra desestimación se solicitó en contestación a la misma.—La sentencia, al no admitir los gastos de negociación reclamados, no resulta incongruente. Se trata de pronunciamiento absolutorio parcial y de no haberse aceptado los importes reclamados, ya que en el escrito de contestación se solicitó la íntegra desestimación de lo suplicado en la demanda, sin perjuicio de que consta expresa oposición al pago de dichos gastos en el hecho séptimo del escrito de contestación.

Los intereses moratorios y contractuales exigen expresa petición de parte, no así los legales-procesales, que surgen *ope legis*.—Reclama la recurrente los intereses moratorios, denunciando infracción del artículo 1108 del CC. Sucede que dichos intereses no fueron suplicados expresamente ni alega-

dos en la fundamentación jurídica de la sentencia, por lo que su desestimación es correcta.

Confunde la recurrente los intereses de demora y contractuales de los artículos 1100 y 1108 CC, los que precisan expresa petición de parte, con los legales-procesales del artículo 921 LEC que no es necesario suplirlos, pues surgen *ope legis* y contabilizan en base a la cantidad cierta a cuyo pago se condena (SS de 28 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1993, 17 de febrero y 30 de diciembre de 1994, 19 de julio y 18 de noviembre de 1996, entre otras muy numerosas).

Lo expuesto resulta suficiente para que este motivo cuarto decaiga. No hay que dejar de lado, pues resulta influyente, que la sentencia del Juzgado no concedió los intereses que ahora se reclaman y dicho pronunciamiento quedó firme para la sociedad recurrente, al no haber planteado recurso de apelación.

Los intereses legales-procesales deben computarse desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la de la sentencia de apelación.—En el último motivo se denuncia infracción del artículo 921 LEC al condenar la sentencia recurrida al pago de los intereses de la cantidad que otorga desde su fecha, no desde la de primera instancia. La sentencia de apelación resultó revocatoria parcial, pues estimó la petición de la demanda de abono de 5.906.350 pesetas, no acogiendo la cantidad reclamada por gastos de negociación. El Tribunal de Instancia no hizo uso del arbitrio que le otorga el párrafo cuarto del referido artículo 921 y no razonó el cambio de criterio en relación a la sentencia de primera instancia, por lo que el motivo ha de ser acogido, estableciéndose los intereses legales-procesales desde la fecha de esta sentencia y no la de apelación (SS de 31 de mayo de 1994 y 19 de julio de 1996). (STS de 21 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La representación de una sociedad mercantil demanda a la de otra, reclamándole el pago de una cantidad y los gastos de negociación y devolución de los recibos devueltos, a lo que la demandada alega la existencia de un pago anterior a la cesión del crédito que reclama la cesionaria del mismo. La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, condenando al demandado-apelante al abono sólo de la cantidad adeudada y dejando sin efecto la condena en costas. Ambas partes recurren en casación esta última resolución y el TS desestima el recurso de la demandada-apelante y estima en parte el recurso de la demandante. (M. C. B.)

27. Asunción de deuda. La asunción de deuda liberatoria del antiguo deudor requiere consentimiento del acreedor, requisito sine qua non de la novación subjetiva pasiva ex artículo 1205 CC.—Se debe proclamar que el acreedor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 CC, ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negociada por sustitución del deudor por otro nuevo —figura conocida doctrinalmente con la denominación de asunción de deuda—. Ahora bien, para que surja tal asunción de deudas, en cuanto supone la sustitución del primitivo deudor, por otro nuevo y ajeno a la convención originaria, ha de constar dicho asentimiento

siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria, como proclama la S de esta Sala de 27 de junio de 1991. Y en el presente caso se puede afirmar categóricamente que no ha habido aceptación alguna de cambio de deudor por parte de la entidad acreedora a través de la prueba documental obrante en autos y destacada en el *factum* de la sentencia recurrida.

El hecho de demandar al nuevo deudor en el procedimiento hipotecario del artículo 131 LH no supone el consentimiento del acreedor al cambio de deudor, sino que obedece a lo dispuesto en el núm. 5.º del precepto citado. No realiza un pago por tercero el que pretende asumir la posición de deudor.—Asimismo, es preciso proclamar, en contra de la tesis casacional de la parte recurrente, que el dato de haber dirigido el procedimiento del artículo 131 LH contra la misma signifique la aprobación como acreedor a la novación por cambio de deudor —asunción de deuda—; que ello no supone la expromisión que proclama el artículo 1205 CC; puesto que si se hizo tal cambio de demandado en el tantas veces repetido procedimiento sumario, fue acatando totalmente lo ordenado en la regla 5 del artículo 131 LH, y no con otros fines de reconocimiento de un cambio de deudor, dentro del ámbito negocial.

Sin que, por otra parte, pueda estimarse en el presente caso que el recurrente haya intentado o se encuentre en la situación de pagador de una deuda a favor de terceros, ya que lo que trataba, como ya se ha dicho, es asumir la posición de deudor, situación no contemplada en el artículo 1158 CC.

En conclusión, que no hay motivo o razón alguna que dé pie a una declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH en cuestión, ya que no se puede hablar ni de vencimiento de la obligación, ni por encontrarse impagadas las cuotas del préstamo hipotecario por causa de la negativa de *Cajamadrid* al cobro de las mismas; ya que en ningún momento se ha dado, y se vuelve a repetir, la asunción de deudas necesaria para que surja la novación que fundamentaría dichas tesis casacionales esgrimidas por la parte recurrente. (STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de una finca hipotecada insta la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH incoado por la entidad bancaria acreedora hipotecaria del anterior titular de la finca hipotecada. Tras obtener una primera sentencia favorable, la Audiencia revoca la resolución de instancia, por lo que el demandante interpone el recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar por entender que se daban los presupuestos del procedimiento hipotecario, dado que el demandante de su nulidad no se había convertido en nuevo deudor del banco. (M. C. B.)

28. Compraventa de inmuebles: obligación de entregar los accesorios: la norma integradora del artículo 1097 CC.—La entrega de una cosa principal lleva consigo la de los accesorios que la sirven, sin que el artículo 1097 CC haga distinciones por su función, sea ésta más o menos esencial, para el manejo de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella; así como la entrega de inmuebles presupone la aportación de la titulación o documentación acreditativa del derecho de propiedad u otro sobre los mismos, no aparece obstáculo legal para integrar como accesorios a los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y la Memoria de Calidades del

inmueble perteneciente a una comunidad; la STS de 28 de junio de 1995 ha manifestado que el artículo 1097 CC, si bien no define lo que ha de entenderse por accesorios, actúa como norma integradora del contrato, a partir de la obligación de dar cosa determinada que configura el objeto de la prestación convenida, para autorizar su ampliación a lo propiamente accesorial y complementario de dicha cosa principal, que, en todo caso, precisa para que tenga efectividad y vincule al obligado, y es lo determinante, por resultar de exigencia, que el servicio que presten los elementos accesorios no sólo tengan existencia al momento en que nace la obligación, sino que los mismos sean efectivos y permanentes.

El artículo 1258 CC.—Tampoco ha sido vulnerado el artículo 1258 CC, pues la entrega de la documentación de que se trata es una secuela del contrato, en virtud de que nadie ostenta más méritos para tener consigo la documentación de la obra ejecutada que los propios adquirentes finales, habida cuenta de su decisiva trascendencia para la utilización de la edificación, así como la atención de las ineludibles labores de mantenimiento y reparación de la misma.

El artículo 7 de la Ley de edificación de 1999.—Aunque no resulta aplicable al caso, por su interés se trae a colación que, respecto a la documentación de la obra ejecutada, el artículo 7 de la Ley de 5 de noviembre de 1999, de ordenación de la edificación, dispone que, «una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el Director de la obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos», con la indicación de que «a dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que sea de aplicación», y la precisión de que «toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el *Libro del edificio*, será entregada a los usuarios finales del edificio», que operará como documentación registrada de la historia constructiva, y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente para los adquirentes finales del edificio, a los que se les entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en un momento coincidente con el de la transmisión del inmueble.

Legislación de protección de consumidores.—El artículo 8 LGDCU establece que la oferta publicitaria, en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantía ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo; a su vez el artículo 13.2 de dicha ley se refiere expresamente a las viviendas que se transmiten, e impone el deber de la entrega de la documentación completa suscrita por el vendedor (el promotor, en su caso), definidora, en planta a escala, del piso enajenado y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en la construcción, con especial referencia de aquellos a que el usuario no tenga acceso directo; y el Decreto de 21 de abril de 1989 se refiere a las informaciones a suministrar respecto a la oferta, promoción y publicidad que se realizase para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional, con exclusión de las efectuadas

mediante subasta pública, judicial o administrativa; de todo cuyo conjunto normativo resulta la obligación de entregar la documentación solicitada por la parte actora. (STS de 18 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: García Varela), tanto por aplicación directa de la legislación consumerista y del artículo 1097 CC, así como por la jurisprudencia recaída, como del principio que se deduce del artículo 1258 CC, y que para casos futuros ratifica el artículo 7 de la Ley de edificación de 1999. Un importante sector doctrinal sugiere una interpretación amplia del concepto de *accessorio* en el Código civil, sin sujeción a cánones hermenéuticos no recibidos en nuestro ordenamiento; interpretación aquélla más acorde, probablemente, con el estado actual de la técnica. (G. G. C.)

29. Compraventa de piso sujeto a LGDCU: defecto de cabida: indicación de superficie sin más precisiones: resolución por incumplimiento *allud pro alio*.—El piso vendido por documento privado por la sociedad anónima demandada, en régimen de propiedad horizontal y en fase de construcción, se afirma tiene una extensión, conforme manifiesta la inmobiliaria, de 116,8 metros cuadrados, sin expresión de si dicha superficie corresponde a los metros construidos o a los metros útiles, de manera que cuando el comprador comprueba, al poner el piso a su disposición, que la superficie aprovechable es sólo de 96,60 metros cuadrados solicita la resolución con los efectos restitutorios. Al ser un contrato sujeto a la legislación protectora de consumidores, hay que entender que la entrega al comprador de un piso con una superficie menor en más de veinte metros cuadrados de la esperada frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un *allud pro alio*.

No se trata de venta a tanto alzado.—Tal como resulta de los términos del contrato, que recoge el documento privado, el supuesto debatido no encaja en el párrafo 1.º del artículo 1471 CC, sino en el segundo, en cuanto a que se expresa también una cabida determinada. Debe rechazarse aplicar la doctrina jurisprudencial del cuerpo cierto en cuanto que el contrato expresa una superficie, que no puede entregar el vendedor.

Validez de la venta pese a la infracción de normas administrativas.—Se alegan SSTTS de 14 de abril de 1992 y 22 de noviembre de 1994, pretendiendo que se ha violado la doctrina jurisprudencial que admite la validez del contrato civil, no obstante la infracción de una norma administrativa. Pero los casos resueltos por las sentencias referidas no son equiparables al presente, pues la *ratio decidendi* no se apoya en la existencia de una infracción administrativa, que comporta sólo una sanción de esta clase, sino en la repercusión de dicha infracción en el contrato civil, que no excusa las responsabilidades de este orden según el artículo 32 LGDCU. (STS de 20 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La diferencia entre lo prometido y lo entregado es de 20,2 metros cuadrados, lo que representa casi el 17% de la total cabida, fuera, por tanto, de los márgenes de tolerancia del artículo 1469 párrafo 2.º CC, procediendo en consecuencia aplicar lo que el precepto denomina *rescisión del contrato* (sobre este precepto v.

García Cantero *Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, 2.^a ed. Madrid, 1991 p. 252 ss.). Resulta evidente que no se trata de un cuerpo cierto. La sentencia parece incardinar el supuesto en el artículo 1471, párrafo 2.º, normativa que se ha calificado de verdadero galimatías jurídico, sin precedentes inmediatos (*op. cit.* p. 256). Más adecuado parece calificarlo, como también hace la sentencia, de un supuesto de *aliud pro alio*. (G. G. C.)

30. Artículo 1483 CC: acciones del comprador de finca gravada con servidumbre no declarada.—Dicho precepto concede dos tipos de acciones: la de rescisión y la de indemnización. El plazo de ejercicio de ambas acciones es de un año, pero mientras que en la primera el *dies a quo* se sitúa en el momento del otorgamiento de la escritura de venta, en la de indemnización el plazo comienza a contar a partir del día en que el comprador ha descubierto la existencia de la servidumbre.

Acción subrogatoria. Requisitos de ejercicio.—Según consolidada jurisprudencia, el ejercicio de la acción subrogatoria no exige al acreedor la prueba de la total insolvencia del deudor ni que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo. Se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria.

Excepción de prescripción. Carga de la prueba. Corresponde a quien la opone.—Corresponde a quien opone la excepción de prescripción la cumplida demostración de que la acción interpuesta se hallaba ya extinguida en la fecha de su formulación. (STS de 26 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Edicol*, S.A. e *Incidsa* celebran un contrato de compraventa por el que la primera cede en pago de deuda una finca, que se hallaba gravada por servidumbre no aparente. La servidumbre consistía en un ramal de la Acequia de Mestalla aterrado y sin paso efectivo de aguas desde 1970, que menoscababa en 317 metros la superficie de las parcelas vendidas e impedía su edificabilidad o posibilidad de toda excavación en profundidad para aparcamientos subterráneos. La vendedora no informó a la compradora de la existencia de dicha servidumbre no aparente que, además, no se mencionaba en la licencia municipal concedida a *Edicol* el 29 de diciembre de 1989.

Incidsa procede a su vez a vender la finca a *Promosa*, que en enero de 1993 comienza las negociaciones con la Comunidad de Regantes de Mestalla, titular de la servidumbre, a fin de concretar la cantidad que debía satisfacerse a dicha Comunidad para que accediese al desvío del curso de la acequia en la medida necesaria para que pudiese construirse en los terrenos la obra proyectada por *Promosa*.

El 22 de enero de 1993 *Promosa* e *Incidsa* acuerdan en documento privado que la segunda sufrague a la primera los gastos de desvío, que ascendieron a dieciocho millones de pesetas.

El 4 de marzo de 1993 *Promosa* y la Comunidad de Regantes de Mestalla llegan al acuerdo definitivo, otorgándose la correspondiente escritura pública el 17 de junio de 1993.

El 12 de enero de 1994 *Incidsa* interpone demanda contra *Edicol*, S.A. y contra *Aumsa*; respecto a *Edicol* se ejercitaba la acción derivada del artículo 1483 CC, solicitando la condena al abono de la indemnización precedente. Contra *Aumsa* se formulaba acción subrogatoria del artículo 1111 CC y, subsidiariamente, la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. A los Autos fue aportada certificación del Registro Mercantil de Navarra según la cual *Edicol* presentaba unas pérdidas acumuladas de 118.236.960 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena solidariamente a las demandadas al abono de la suma reclamada.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por *Aumsa*, que había opuesto la excepción de prescripción o caducidad, absolviendo a dicha entidad. Del relato que nos ofrece la sentencia analizada se deriva que el fallo de la Audiencia se basó fundamentalmente en las declaraciones testificales de los Arquitectos que redactaron el proyecto o parte del proyecto de obra de *Promosa*; a partir de las declaraciones resultaba que dichos Arquitectos habían visto la acequia cuando comenzaron las obras a principios de 1993, si bien habían tenido conocimiento de la existencia de la misma a mediados de 1992.

NOTA.—Llama la atención que en este caso el TS revise en vía casacional la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial. De hecho, el punto central de la sentencia analizada consiste en la determinación del momento a partir del cual cabe entender que la demandante tuvo conocimiento de la existencia de la servidumbre. En reiteradas ocasiones el TS se ha mostrado en contra de llevar a cabo este tipo de valoraciones, advirtiendo que la casación no es una tercera instancia (véase a título de ejemplo la reciente STS de 8 de marzo de 2002).

En la presente sentencia, el TS, consciente del carácter excepcional de su actuación, la justifica del siguiente modo: «Ciertamente no es procedente —salvo en supuestos excepcionales— realizar en vía casacional un examen de la apreciación de la prueba que dentro de lo que es facultad específica del Tribunal de instancia ha sido realizada por éste, del que pudiera llegar a obtenerse una distinta valoración de los elementos probatorios obrantes en autos. Sin embargo, en el caso que nos ocupa y pese al detenido examen que de la totalidad de lo actuado ha llevado a cabo la Audiencia Provincial, cabe formular objeciones a las conclusiones que en la sentencia recurrida se formulan» (FD 2.º). (B. F. G.)

31. Vicios en la cosa vendida. Acciones protectoras que pueden ser ejercitadas por el comprador.—Ante la aparición de un vicio oculto en el objeto de la compraventa, a la parte compradora no sólo se le posibilita el ejercicio de las acciones protectoras de los vicios ocultos, sino además las que derivan del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos en general (SSTS de 1 de junio de 1982, 10 de junio de 1983, 20 de febrero y 19 de noviembre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 15 de junio de 1987).

Distinción entre vicios ocultos y cumplimiento defectuoso.—La normativa de vicios ocultos no debe aplicarse cuando los defectos sobrepasen mani-

fiestamente tal concepto. En el caso de vicios o defectos constructivos, no serán considerados como vicios, ya que por su propia naturaleza no se manifiestan en el corto espacio de tiempo que señala el artículo 1490 CC. (STS de 3 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se formalizó contrato de compraventa por el que los compradores adquirían partes indivisas de un local destinado a aparcamiento que se materializaba en espacios delimitados para esa finalidad. No obstante, se les entregó un objeto inhábil para el uso que se pretendía, no revistiendo las condiciones de capacidad, idoneidad y aptitud necesarias, debido a que su acondicionamiento como aparcamiento afectaba la estructura y piso de la planta. Ante el peligro que suponía para la estabilidad del edificio las grietas y fisuras en la planta, que se agravaban con el paso del tiempo, la autoridad municipal ordenó su urgente reparación a los propietarios, que lo realizaron a su costa. Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó por parte de los propietarios, así como de la propia comunidad de propietarios de la finca, contra los herederos del vendedor demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios. La sentencia estima parcialmente la demanda, obligando a la indemnización por los daños concretados en el importe de las obras, incluidos los honorarios profesionales y demás gastos, absolviendo a los demandados de la pretensión de resarcimiento de la comunidad de propietarios. Se presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estima y revoca la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El TS no ha establecido criterios precisos para diferenciar entre las prestaciones defectuosas o caracterizadas por vicios ocultos. Se precisa si la prestación es defectuosa o distinta, o si carece el objeto de los elementos o cualidades esenciales por las que se contrató, con lo que el supuesto se considera de entrega de objeto distinto del pactado (SSTS de 7 de junio de 1996, 28 de febrero y 4 de julio de 1997 y 30 de octubre de 1998). En particular, los casos de plazas de aparcamiento cuando son inadecuadas para la finalidad para la que se adquirieron, la doctrina jurisprudencial es casi unánime aplicando la regla general sobre el incumplimiento contractual (SSTS de 29 de diciembre de 1984, 24 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987, 26 de octubre de 1990 y 8 de abril de 1992). La sentencia anotada continúa con la línea expuesta. (P. S. S.)

32. Resolución por incumplimiento. Actitud del incumplidor.—El TS ha declarado en numerosas ocasiones que la resolución de un contrato de compraventa conforme a los artículos 1124 y 1504 CC no exige necesariamente una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que con el comportamiento de aquél quede frustrado el fin del contrato para la otra parte. Dicho incumplimiento no comporta necesariamente una actitud resistente al cumplimiento «... tenaz y persistente...», sino es suficiente una conducta obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en los que se pactó (SSTS de 12 de mayo de 1988, 21 de julio de 1990, 16 de mayo de 1992, 30 de julio de 1997 y 24 de octubre de 1998), de modo que dicha conducta vaya en con-

tra de la finalidad del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la contraparte (FD 2.º).

Doctrina acerca del requerimiento al deudor ex artículo 1504 CC. Requerimiento resolutorio y concesión de nuevo plazo.—Si bien el artículo 1504 CC contempla con respecto a la venta de inmuebles la concesión al deudor de la posibilidad de efectuar el pago, aun cuando ya haya expirado el plazo o plazos contractualmente establecidos, cuando dicho requerimiento tenga lugar bien judicialmente o por acta notarial, éste tendrá naturaleza inequívocamente resolutoria, y opera como un acto obstativo al pago «... y declarativo de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato...» (SSTS de 2 de diciembre de 1993 y de 16 de marzo de 1995) (FD 2.º). (STS de 25 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 15 de abril de 1991, don P. R., en nombre y representación de don P. L., procedió a la venta en escritura pública de un local comercial, fijándose el precio de venta del mismo en 21.600.000 pesetas, de los cuales se declaraban recibidos 5.000.000 pesetas, quedando el resto aplazado y dividido en cincuenta y cinco cuotas mensuales, sucesivas y consecutivas, representadas por igual número de letras de cambio, por un importe de 300.000 pesetas cada una de ellas, a excepción de la última, de 400.000 pesetas. Igualmente se estableció que la falta de pago de dos de cualquiera de las cambiales daría lugar a la resolución del contrato con la notificación en tal sentido por el vendedor, quien recuperaría la propiedad y la posesión del local, con todas las mejoras introducidas, haciendo suyas las cantidades recibidas a cuenta. En noviembre de 1994, ante el impago de diversas letras de cambio desde junio de 1993, don P. L. dio por resuelto el contrato mediante requerimiento notarial a don S. C., a lo cual contestó que estaba a disposición del vendedor un talón nominativo por el importe del precio restante, y que «la demora» en el pago se debió a las siguientes razones: en primer lugar, a las evasivas del vendedor a recibir el dinero; en segundo, a la imposibilidad de hacer un ofrecimiento formal a don P. L. al haber sido revocado el poder a favor de don P. y, finalmente, la falta de domicilio del vendedor en España. Don P. L. demandó a don S. siendo desestimada su petición. Recurrida en apelación dicha resolución, la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia, declarando resuelto el contrato de compraventa, con restitución al demandado de las sumas entregadas, a excepción de la cantidad de 6.000.000 de pesetas, que, en concepto de indemnización, quedaban en propiedad del apelante. La representación legal del comprador interpuso recurso de casación alegando como único motivo la infracción de los artículos 1.124 y 1.504 CC, así como la jurisprudencia sobre el mismo.

NOTA.—El TS vuelve a reiterar su jurisprudencia acerca del incumplimiento resolutorio ex artículo 1124 CC, al margen de la llamada «*voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*». Sin embargo, no parecen estar muy claros los extremos sobre los que el TS se pronuncia en la sentencia que anotamos. Si bien comienza analizando la resolución del contrato de compraventa a la luz de los artículos 1124 y 1504 CC, artículos alegados por la

parte recurrente en el único motivo sobre el que se formula el recurso de casación, analizando la posible calificación de la conducta del comprador que deja de pagar el precio, y entendiendo que en el supuesto concurre la conducta del comprador contraria al cumplimiento aun cuando ya se había pagado una parte considerable del precio pactado, sin embargo, viene a decir que el supuesto «... del debate parece más incardinable en el contexto del artículo 1123 CC» (FD 2.º), dando a entender que no nos encontramos ante un supuesto de resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 CC, sino ante el simple juego de una condición resolutoria contractualmente pactada cual era la contenida en el cláusula referida a la falta de pago de dos de cualquiera de las letras de cambio, conforme a la cual, producido dicho impago, tendrfa lugar la resolución del contrato «... sólo con la notificación en tal sentido del vendedor...». Por otra parte, aunque en el FD 2.º se hace mención al acuerdo que alcanzaron ambas partes conforme al cual decidieron «... zanjar, de una vez, la deuda pendiente hasta la fecha ...», motivo por el cual el comprador solicitó, con anterioridad al requerimiento notarial, un crédito para hacer frente a dicha deuda, el TS no entiende que dicho acuerdo sea calificado como una novación modificativa tanto del modo de pago del precio como del plazo del mismo, ni siquiera entra a conocer el asunto, por entender que se introducen datos fácticos diferentes de los tenidos en cuenta por la resolución recurrida. (R. D. O.)

33. Venta en garantía. Admisibilidad por la jurisprudencia.—La venta en garantía constituye una modalidad de garantía atípica admitida por la jurisprudencia en aplicación del artículo 1255 CC; no existe, sin embargo, una orientación dogmática unitaria y perfectamente definida sobre dicha figura.

Venta en garantía y simulación relativa. Validez de la venta en garantía disimulada.—La venta en garantía con causa verdadera y lícita puede ser considerada existente y válida como negocio disimulado bajo otro negocio jurídico aparente carente de causa o con causa falsa.

Venta en garantía. Titularidad de los adquirentes.—La jurisprudencia del TS atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal y un *ius retinendi* (SSTS de 2 de febrero de 2002, 5 de diciembre de 2001, 17 de julio de 2001 y 26 de abril de 2001).

Extensión del poder. Poder para constituir garantía.—El TS considera que si el poderdante otorga amplísimas facultades, entre ellas la facultad de constituir cualquier tipo de garantía, el apoderado puede realizar una venta en garantía sobre los bienes incluidos en el poder.

Acciones relacionadas con la simulación. Carácter imprescriptible.—Las acciones que pretenden declarar la simulación absoluta e investigar en el negocio disimulado (a no confundir con la acción derivada del propio negocio oculto) son acciones de nulidad y, como tales, son imprescriptibles, pues los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tracto tempore convallescere*.

Acciones de impugnación de contrato realizado a nombre de otro sin poder o excediéndose del concedido.—Se trata de supuestos de inexistencia

o nulidad radical según la mayoría de la jurisprudencia dictada en aplicación de los artículos 1727.II CC y 1259.II CC (SSTS de 3 de noviembre de 2000, 27 de septiembre de 1995 y 11 de junio de 1966, entre otras). Se separa de este criterio y las califica de acciones de anulabilidad la STS de 12 de junio de 1997. (STS de 14 de marzo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 28 de abril de 1984 J. M. M. S. y su esposa envían una carta a P. M. y M. R. en la que reconocen la existencia de unos avales por éstos firmados con motivo del crédito contraído por J. M. M. S. con la *Caja General de Ahorros de Tenerife*. Con el fin de compensar la carga que el cumplimiento de estos avales iba a suponer para P. M. y R. M., J. M. M. S. y su esposa se comprometen a otorgar poder notarial a favor de los citados avalistas para administrar, comprar, vender, permutar y constituir hipotecas y todo tipo de garantías respecto de dos bienes inmuebles propiedad de los poderdantes. Dicho poder, de carácter irrevocable, autorizaba asimismo a la autocontratación.

El 15 de diciembre de 1984 los apoderados, actuando por sí y en representación de J. M. M. S. y su esposa M. O. P., realizan notarialmente escritura pública de compraventa en virtud de la cual adquieren para sí, en uso del poder indicado, uno de los inmuebles por un precio de 5.000.000 de pesetas. El inmueble adquirido se inscribe en el Registro de la Propiedad por mitades indivisas, a nombre de ambos compradores.

J. M. M. S. y su esposa M. O. P. interponen demanda contra P. M. y M. R. exigiendo, entre otras cosas, la rendición de cuentas relacionada con la citada compraventa; solicitaban, además, la declaración de nulidad de la misma por simulada y por fraude cometido en su otorgamiento, excediéndose del poder y de las facultades en él comprendidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvenición formulada por los demandados. La Audiencia estima en parte el recurso interpuesto por los demandantes y declara la nulidad del contrato de compraventa así como del contrato de garantía que se alegaba como subyacente bajo la misma. Los demandados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

34. Simulación relativa: escritura de compraventa que encubre una donación de inmuebles. Los herederos del causante-vendedor tienen legitimación *ad causam* pues los contratos nulos de raíz por falta de forma esencial no son convalidables por actos propios.—Sostiene la sentencia de instancia que la STS de 24 de octubre de 1995, siguiendo la línea marcada por la de 30 de junio de 1994, proclama que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir tal derecho en el causante, y por consiguiente no habérselo podido transmitir *mortis causa*, careciendo los actores de un interés jurídico tutelable, al no verse perjudicados en sus derechos como consecuencia del acto de liberalidad realizado a favor de un tercero.

El criterio de la sentencia es acertado en líneas generales, pero no puede admitirse cuando la impugnación se refiere a la falta en el negocio jurídico

disimulado de una formalidad sustancial (*ad solemnitatem, ad substantiam o ad constitutionem*) determinante de inexistencia o nulidad radical, como ocurre con la exigencia de escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles (obviamente la imputación de inidoneidad de la aparente compraventa para cubrir la exigencia del art. 633 CC equivale a la denuncia de su falta), y en este sentido ya se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial (SS de 16 de febrero de 1966, 24 de octubre de 1995 y 14 de diciembre de 1999, entre otras), pues la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (SS de 11 de diciembre de 1986, 7 de enero de 1993, 3 de mayo de 1995 de 21 de enero y 26 de julio de 2000).

La exigencia de motivación de la sentencia no impone un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todas las alegaciones efectuadas, sino la expresión de los fundamentos jurídicos del fallo.—Esta Sala viene reiterando, en perfecta sintonía con la doctrina del TC, que no es preciso un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en el que se analicen todas las alegaciones efectuadas, porque lo verdaderamente trascendente, con independencia de la extensión —pues una motivación escueta y sencilla puede ser suficiente—, es que se expresen las razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la razón causal del fallo o *ratio decidendi* del mismo.

La obligación de incluir la declaración de hechos probados no impone una relación formal de los mismos, sino que basta con que sean suficientemente apreciados a través de los fundamentos jurídicos.—La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que no es precisa una relación formal de hechos probados, pues basta que resulten apreciados con suficiencia a través de los fundamentos jurídicos (SS, entre otras, de 7 de febrero de 1998, 17 de julio y 25 de septiembre de 1999, y 25 abril y 15 de octubre de 2001), máxime cuando no se da ninguna complejidad que exija la separación (S. 16 de septiembre de 2001).

La declaración de un hecho como probado no exige individualización de los elementos probatorios tomados en cuenta, pues basta su deducción de una apreciación conjunta de las pruebas.—Es claro que la sentencia recurrida realiza una valoración conjunta de las pruebas para sentar las apreciaciones fácticas que recoge en el fundamento segundo, y si bien resulta más adecuado efectuar una individualización de los elementos probatorios tomados en consideración, no se produce el defecto denunciado cuando, en casos como el presente, la apreciación de una relación afectiva y de familiaridad se deduce de una valoración global de todos ellos, tanto más si se tiene en cuenta que la resolución recurrida hace referencia a algunas pruebas (testifical y documental del f. 73) en cuanto a aspectos puntuales de especial importancia.

La exigencia de que la sentencia refleje el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión judicial no impone una especial estructura de los razonamientos, siendo suficiente con que consten las reflexiones y las razones de hecho y de derecho que fundamentan el fallo.—Si bien es preciso que el discurso de la sentencia refleje el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión judicial (SS, entre otras, de 14 de abril y 20 de julio de 1998, y 26 febrero y 27 de marzo de 1999), sin embargo no se impone una especial estructura de los razonamientos (S. 19 de abril de 2000) y basta con que se expresen las reflexiones, razones de hecho y de derecho, que fundamentan el fallo (SS de 28 de febrero, 3 de marzo y 16 de octubre de 1998 y 30 de marzo de 1999). Y ello se ha cumplido plenamente en la sentencia de ins-

tancia, en cuyos fundamentos segundo y tercero se razona suficientemente la decisión que se adopta en orden a acoger la existencia de una donación encubierta ordinaria en lugar de una remuneratoria. De ahí que deba rechazarse la alegación del motivo consistente en que «se observa que en el camino que conduce hasta su decisión, el juzgador no presenta exteriorizado el engarce preciso entre el hecho que considera probado —y en base a qué pruebas— y la conclusión jurídica consecuente».

La incorrección en la argumentación es algo ajeno a la motivación que es un requisito formal de legalidad ordinaria.—En la resolución objeto de recurso no se da ningún error relevante o arbitrariedad, con independencia de si lo argumentado es o no correcto, lo que obviamente es ajeno al tema de la motivación, como derecho, o más bien principio, que constituye un requisito formal de legalidad ordinaria (arts. 248 LÓPJ, 359 y 372 LEC 1881) y mandato constitucional (art. 120.3 CE) —formando parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)—, que supone el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en derecho, ajena a todo asomo de arbitrariedad.

No es incongruente la sentencia en la que se debate sobre una cuestión sobre la que se razona en los escritos de alegaciones de la demanda y de la contestación.—El motivo carece de inconsistencia y por consiguiente debe ser rechazado, porque el tema de la donación encubierta, que es a la que se refiere el motivo fue planteado en la demanda y en la contestación, en cuyos escritos de alegaciones se razonó con amplitud, tal y como se argumentó en la sentencia recurrida, y resulta de los fs. 4, 7v, 53 a 55 y 58 y 59. Por todo ello, el juzgador se ajustó al principio *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, y no se ha producido incongruencia por alteración de la *causa petendi*, ni efecto sorpresivo alguno que pudiera determinar la indefensión. Por otro lado, no era necesario para que se pudiera debatir el tema que se hubiera formulado una petición en la súplica de la contestación, como se sostiene en el recurso; lo que debe entenderse sin perjuicio de la impropiedad formal de la referencia a la donación que se recoge en el fallo de la resolución del Juzgado, que sin embargo carece de entidad para entender que se da un supuesto de incongruencia.

Pese a que el criterio de la Sala no ha sido constante al respecto, la escritura pública de compraventa integra la exigencia formal de la donación de inmuebles, impuesta por el artículo 633 CC, que no debe interpretarse de modo excesivamente rigorista.—La cuestión jurídica se reduce, por consiguiente, a si la escritura pública en que se exterioriza una compraventa es idónea para integrar la exigencia formal que la ley prevé para la donación, siempre en la suposición de que ha resultado plenamente acreditado que la voluntad real de los intervinientes fue la de dar vida a una donación, porque, como dice la S de 7 de diciembre de 1948, y reitera la de 7 de enero de 1975, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato. Una poderosa corriente doctrinal es contraria a admitir la posibilidad que se examina. Se razona que no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente y que resulta patente la inaptitud de la escritura de compraventa (simulada) para llenar la forma del artículo 633 CC porque no expresa, ni puede expresar, las circunstancias que éste exige. En definitiva, que no refleja la causa de liberalidad, ánimo de donar y volun-

tad de aceptar la donación. En sentido opuesto se alega que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que cuando el Notario estaba autorizando una compraventa en realidad estaba autorizando una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad, y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La jurisprudencia ha sido sensible a las dos posturas. En un sentido contrario a la donación encubierta se han manifestado, entre otras, las SS de 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994; y en sentido distinto se manifestaron las de 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio (se encubre en préstamo) de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. En el seno de la jurisprudencia, aparte de otras resoluciones que soslayaron el problema desde diversas perspectivas, se advierte una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias que para las puras y simples. Sin embargo, aunque es cierto que en las primeras sentencias defensoras del rigor formal se aludía especialmente a las donaciones puras y simples, y que la mayoría de las decisiones favorables se refieren a donaciones remuneratorias, si bien no siempre condicionando este carácter a la aplicación de la doctrina de la validez, lo cierto es que algunas Sentencias, incluso recientes (como la de 7 de diciembre de 1993), explícitamente se manifiestan contrarias en todo caso, sea la donación simple, modal, remuneratoria u onerosa, y otras no establecen diferencia de trato en materia de simulación, sea contrario o favorable, entre las remuneratorias y las ordinarias, lo que por lo demás parece tener cierto sentido porque, haciendo abstracción de factores históricos (las remuneratorias fueron objeto de un trato distinto) y de índole probatoria (exteriorización de su existencia), no se advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencia sustancial que lo explique, dado que la jurisprudencia exige la forma del artículo 633 CC para las donaciones remuneratorias (SS de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990 y 7 de mayo de 1993, entre otras), y a las mismas es también aplicable la exigencia del ánimo de liberalidad, con independencia del «plus» jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera.

Expuesto lo anterior, que responde singularmente al propósito de dar satisfacción motivada al encomiable esfuerzo argumentativo sobre la jurisprudencia de esta Sala efectuado en el motivo del recurso que se examina, la presente decisión se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, en la línea de la jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas sentencias de la Sala, tomando en cuenta, —como presupuesto básico y mecanismo de ponderación de las

diversas soluciones adoptadas—, «las circunstancias del caso concreto», como exigen entre otras las SS de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998.

De la narración fáctica de la sentencia recurrida, y circunstancias personales de los interesados en el negocio jurídico cuestionado, con «integración del *factum*» en aspectos complementarios de interés, se deduce claramente justificada la realidad de la donación, su razón de ser y necesidad de protección jurídica, e incluso es preciso decir, como mero cambio de punto de vista jurídico ajustado al principio *iura novit curia* sin merma alguna para los principios y garantías procesales, y en el ámbito de la función calificadora contractual, que nos hallamos ante una donación remuneratoria.

No carece de causa la donación encubierta bajo la forma de compraventa, por el hecho, no probado, de perseguir intenciones defraudatorias del Erario Público.— Por una parte, al haberse probado la existencia de una causa encubierta válida (donación, en el caso remuneratoria) es de aplicación el artículo 1276 CC en su inciso segundo, por lo que se da un supuesto de simulación relativa. Y por otra parte no cabe examinar la alegación de ilicitud de la causa porque la parte actora, aquí recurrente, carece de *legitimitatio ad causam* para denunciar la supuesta finalidad defraudatoria del Erario Público que atribuye a la escritura de simulación (arts. 659, 661, 1302 y 1306 CC; principio del *nemo auditur*; SS, entre otras, de 3 de abril de 1962, 22 de abril de 1963, 5 de julio de 1966, 20 de mayo de 1985 y 15 de octubre de 1999); además de que —*ex abundantia*— la afirmación carece de base fáctica —que no la puede constituir una mera conjetura de la sentencia de primera instancia, la transmisión se liquidó como donación (f. 275 de autos) y que la jurisprudencia moderna viene reiterando que las hipotéticas infracciones fiscales no afectan a los derechos sustantivo civiles. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora, sintiendo próxima su muerte que, efectivamente, se produjo días después de los hechos origen del litigio, otorga testamento ante Notario instituyendo herederos por partes iguales a sus dos hermanos. En la misma fecha y ante el mismo fedatario público, otorga escritura pública de compraventa de una vivienda de su propiedad a favor del hijo de un matrimonio que la había venido cuidando y asistiendo durante largo tiempo, fijándose el precio de la casa en 2.000 pesetas. Los herederos de la difunta, en concepto de tales, formulan demanda contra el comprador, solicitando la declaración de nulidad de la compraventa celebrada por estimarla un negocio absolutamente simulado y, subsidiariamente, la rescisión del mismo por lesión *ultradimidium*. Ambas sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda por considerar la escritura como recipiente de una donación encubierta existente y válida, con la única diferencia entre ambas resoluciones de que la primera califica al negocio como de donación remuneratoria, en tanto que la segunda entiende existente una donación simple. Recurrida esta última sentencia en casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

35. Carácter gratuito de la donación onerosa o modal.—El hecho de que la donación realizada se convierta en onerosa o modal no transforma el carácter gratuito de la donación. Esta afirmación imposibilita la aplicación del artículo 1355 CC, que establece la posibilidad de que los cónyuges, por mutuo acuerdo, modifiquen el carácter de los bienes adquiridos a título oneroso. Para su aplicación sería necesario equiparar la donación onerosa o modal a un negocio de carácter oneroso, y no resulta el caso, ya que es imposible entender como tal la donación.

Donación modal y onerosa. Distinción entre el *animus donandi* y la motivación particular.—Toda donación se establece como la transmisión de un bien gratuitamente, aceptándolo a título de liberalidad, lo que constituye el *animus donandi*. Mientras que la motivación es el impulso que pertenece a cada sujeto para realizar el negocio, y que convierte a la donación en modal, sin que transforme la naturaleza del negocio (STS de 15 de junio de 1995). En lo que respecta a la donación remuneratoria o a la donación por causa onerosa, ambas se rigen por un ánimo de favorecer con una ventaja, presuponiendo unos méritos del predonatario, no obstante el donante no está obligado a hacerlo. El gravamen impuesto ha de ser inferior al valor de lo donado (STS de 23 de octubre de 1995). (STS de 26 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1976, el Sr. I. H. contrajo matrimonio con la Sra. B. I. En marzo de 1980, los padres del primero, en virtud de escritura pública, donaron una vivienda a su hijo, y el donatario se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el bien inmueble adquirido. Posteriormente en 1991, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, el matrimonio pacta el régimen económico ganancial de separación de bienes y acuerdan la disolución de la sociedad de gananciales, y al hacer inventario de la comunidad, afirman que la vivienda les pertenece por compra a los padres del Sr. I. H. Ante el Juzgado de Primera Instancia se presenta demanda en la que se solicita la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, la privatividad del bien inmueble del Sr. I. H. y la nulidad de las inscripciones registrales, a lo que se opone la esposa demandada. Se dicta sentencia estimando la demanda, y declarando el carácter privativo de la vivienda, al padecer un error el demandante por confundir la atribución del carácter ganancial de la vivienda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la esposa demandada, entendiéndose que no hubo tal error. Se interpone recurso de casación, y el TS resuelve a favor del mismo.

NOTA.—La sentencia anotada continúa la línea que establece que en la donación el *animus donandi* consiste en la voluntad del donante de enriquecer gratuitamente al donatario. A esto se le une en la donación modal u onerosa la consecución de otros fines, y «la liberalidad es el vehículo para su obtención» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos, 9.ª edición). La asunción de la carga por parte del donatario no debe considerarse como contraprestación a la liberalidad; de lo contrario, sí resolveríamos a favor de una transformación a un contrato oneroso. (P. S. S.)

36. Donaciones inoficiosas. Concepto. Al no haber activo hereditario no es necesario el cálculo de las legítimas.—Se entiende por «donación inoficiosa aparte de las que excedan de los límites de la disposición testamentaria —art. 636 CC— las incurtidas en la sanción del artículo 819.3 CC, en el sentido de que las donaciones hechas a los hijos que no tengan concepto de mejoras se imputarán a su legítima, y en cuanto fueran inoficiosas o excedieran de la cuota disponible se reducirán según las reglas de los artículos siguientes, siendo el artículo 820 CC el que establece la forma de reducción de dichas donaciones, esto es, fijada la legítima, a tenor de los preceptos citados, se hará la reducción según los tres supuestos que enumera» (STS de 28 de febrero de 2002).

Los referido cálculos legitimarios parten del presupuesto de la existencia de un caudal relicto a la muerte del causante/donante sobre el que se pueda calcular la cuantía de las legítimas. En relación con la sentencia anotada se exigirá un patrimonio en el que se pudiera fijar esa cuantía a repartir entre los herederos legitimarios, en este caso, la hija de la donante y por derecho de representación, dada la premoriencia del padre, los nietos de la misma, presupuesto que no concurre a tenor de los hechos acreditados al no restar activo hereditario al fallecimiento de la donante. En tal supuesto «las donaciones son inoficiosas y procede la reducción, por lo que huelgan las acusaciones de que la sentencia ha obviado el trámite de fijar previamente la legítima para determinar si las donaciones efectuadas por la causante de la demandada excedían o no de los límites establecidos, porque perjudicaban o no a la legítima, ya que ante la carencia de ese patrimonio no es posible fijar cálculo alguno por imposibilidad material al no acaecer presupuesto patrimonial para habilitar la legítima de los descendientes en relación con el *totum patrimonial*» (STS de 28 de febrero de 2002).

Imputación de donaciones. Colación. Diferencia entre ambas.—La donataria demandada esgrime a su favor la existencia de varias donaciones con fecha de 22 de diciembre de 1987 que tienen como destinatario a su hermano pero sin acreditar ni constatar la existencia de las mismas. Con ello pretendía rebatir no sólo que sus donaciones no eran inoficiosas sino la existencia de otras a favor del causante de los actores para que se declarase que las mismas eran colacionables a los efectos de proceder a su imputación en el relicto para determinar la afectación o no de las donaciones litigiosas y determinar si las mismas eran colacionables. La falta de acreditación de tales donaciones hace inútil la alegación. No obstante, esta alegación nos abre paso para diferenciar entre imputación y colación, institutos que a menudo son confundidos por el TS.

En ocasiones el TS se limita, al hablar de la colación, a transcribir el artículo 1035 CC (STS de 28 de noviembre de 1899). En otras, confunde la imputación de las donaciones con la colación de las mismas: «ahora bien, si tenemos en cuenta que, como se ha anticipado en el fundamento primero, las mismas se imputarán a los tres tercios y no sólo a los de mejora o libre disposición, obvio es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1035 CC, deben traerse a la masa hereditaria los bienes donados» (SSTS de 3 de abril de 1936 y 9 de enero de 1995).

Como buen ejemplo de una correcta aplicación de la institución de la colación en relación con la computación y la imputación podemos señalar la STS de 17 de marzo de 1989 cuya parte dispositiva dispone que «la reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de sal-

vaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 CC, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su cuota hereditaria» (STS de 17 de mayo de 1989). (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—F. R. S., casada con G. B. falleció el 3 de enero de 1993. De este matrimonio nacieron dos hijos: G. B. R. y M. B. R. G. B. R., fallecido el 26 de julio de 1987, contrajo matrimonio con M. S. LL. de cuya unión nacieron tres hijos: J. F. y N. F. R. Se otorgó a favor de su hija varias escrituras de donación, haciendo constar en las mismas que dichas donaciones no perjudicaban los derechos legitimarios por cuanto quedan bienes suficientes para cubrir tales derechos. Además se reserva la donante el usufructo vitalicio de los inmuebles objeto de donación, declarándolas de carácter no colacionable.

Por otra parte, los hermanos B. R. eran dueños por mitades indivisas de una superficie de 6.000 metros cuadrados en donde se ubicaba un bar denominado *L'Agulla* cuyas ganancias se entregaban a la madre de ambos. F. R. S. dona asu hija M. B. R. con carácter no colacionable el mencionado negocio.

Finalmente, F. R. S. otorga testamento abierto el 4 de mayo de 1990 en el cual dispone que lega a cada uno de sus tres nietos J., F. y N. B. S. la cantidad de 1.000.000 pesetas y nombra herederos universales de todos su bienes, derechos y acciones a su hija M. B. R. y a sus tres nietos en la proporción de una mitad indivisa a la primera y la restante mitad indivisa, por terceras partes indivisas, a dichos nietos.

Consta en autos que al fallecimiento de F. R. S. ésta no era titular dominical de bien inmueble alguno, siendo únicamente titular de la mitad indivisa del saldo existente en diversos bancos que apenas si alcanzan los 3.000.000 pesetas.

J., F. y N. B. S. interponen demanda solicitando se declare la nulidad de las donaciones efectuadas y, subsidiariamente, la inoficiosidad de las mismas debiendo reducirse en la proporción necesaria para que sean respetados los derechos legitimarios en relación con la herencia de F. R. S.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial descartan la petición principal de nulidad de las citadas donaciones estimando que son inoficiosas porque al fallecimiento de la donante su patrimonio era prácticamente inexistente. Igualmente declara la nulidad de la donación contenida en la escritura de 27 de julio de 1992 por carecer de poder dispositivo la donante. La donataria y demandada interpone recurso de casación. El TS declara no haber lugar al mismo. (M. F. N. C.).

37. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.—La naturaleza jurídica de esta figura negocial importada de los EE. UU., es, conforme a la

jurisprudencia del TS, la de un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual (SSTS de 10 de abril de 1981, 26 de junio de 1989, 28 de mayo de 1990, 29 de mayo y 15 de junio de 1999, y 7 de marzo, 12 de mayo, 29 de mayo, 11 y 31 de octubre, 21 y 28 de diciembre de 2000). La doctrina coincide a la hora de calificar el contrato de *leasing*, como un contrato atípico, mixto, en el que en un mismo negocio se unen la cesión de uso, a cambio de una contraprestación económica, y una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. Para el ejercicio de dicha opción se fija el llamado valor residual, que se corresponde con el valor de la cosa ya desgastada por el uso.

Distinción con respecto a la compraventa de bienes muebles a plazo. Coincidencia del valor residual establecido con el importe de las cuotas mensuales fijadas.—El TS entiende que el hecho de que el valor residual fijado a efectos del ejercicio de la opción de compra sea superior, inferior, e incluso coincidente con el importe de las cuotas mensuales, no es óbice para desvirtuar la naturaleza del contrato de *leasing*, ni para entender que el mismo es un negocio aparente que realmente esconde un contrato de compraventa a plazo de bienes muebles, conforme a la regulación de los mismos contenida en la Ley de 17 de julio de 1965 (SSTS de 15 de junio de 1999, y 7 de marzo, 4 de junio, 29 de noviembre y 23 de diciembre de 2001).

Tercería de dominio. Legitimación activa de la empresa de *leasing*.—La tercería de dominio como expediente jurídico procesal que permite concretar si el embargo, causa de una contienda, es o no correcto (FD 1.º, STS de 11 de octubre de 2001) si bien no se identifica con la acción reivindicatoria, sí exige probar por parte del tercerista el dominio para que se pueda alzar la traba (FD 3.º, STS de 12 de marzo de 2001); con cita de las SSTS de 24 de julio de 1992 y 1 de abril de 1993). Sin embargo, en tanto no haya sido ejercitada la opción de compra que acompaña a todo contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, el bien objeto del contrato es de plena propiedad de la empresa arrendadora (STS de 28 de marzo y 22 de junio de 2001). **(STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—El día 21 de noviembre de 1988 la entidad *Hnos. Villalba, S. A.* y la entidad *Bansander de Leasing, S. A.*, celebraron un contrato en virtud del cual la citada empresa de *leasing* cedía durante un plazo de treinta y seis meses el uso de un tractor-camión, fijándose las correspondientes rentas mensuales, así como una opción de compra a favor de la sociedad arrendataria al finalizar el plazo pactado. El valor residual establecido a efectos del ejercicio de la opción de compra era exactamente igual al importe de las cuotas mensuales fijadas. Sin que la entidad *Hnos. Villalba* hubiera ejercitado dicha opción, el citado vehículo fue embargado, ante lo cual la entidad *Bansander de Leasing, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia la correspondiente tercería de dominio, solicitando que se declarara que el vehículo embargado era de propiedad del demandante, y que por dicho motivo se procediera a la cancelación del citado embargo. Desestimada la demanda, resultaron absueltos la entidad *Estaciones de Servicios Juan Lechuga, S. A.* (creo que debe ser la ejecutante) y la sociedad *Hnos. Villalba* (arrendataria), en situación de rebeldía. Recurrida la sentencia en apelación, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad *Bansander*

de Leasing, S. A., declarando la propiedad de la demandante sobre el citado vehículo y decretando la cancelación del embargo. Dicha sentencia fue recurrida en casación por infracción de los artículos 1254 y ss, 1261, 1274, 1276, 1281-1289, 609, 1445 y 1450, todos ellos del *Código Civil*.

NOTA.—En el presente caso el TS, con cita de la jurisprudencia existente al respecto, afirma que sólo podrá ser objeto de revisión en casación «la calificación e interpretación de los contratos cuando éstas se presentan ilógicas, carentes de la racionalidad necesaria y abiertamente contrarias a la hermenéutica contractual o a la legalidad aplicable» (FD 1.º). Siendo correcta la calificación del contrato realizada por el Tribunal de Instancia, y rechazada la tesis en virtud de la cual mediante el contrato aportado por la entidad tercerista, el contrato celebrado entre ésta y la sociedad arrendataria, esta última había adquirido el dominio del tractor-camión, se reconoce la propiedad del citado tractor en la empresa de *leasing*, ya que tampoco el arrendatario había hecho uso de la opción de compra que el contrato anteriormente mencionado le otorgó. (R. D. O.)

38. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. Definición.—Conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, DA 7.ª, apartado 1, tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas (FD 1.º). Es imprescindible que los bienes objeto de dicha cesión queden afectados por el usuario a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. Su naturaleza jurídica, como reiteradamente ha señalado el TS, es la de un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual. A la cesión de uso del bien durante un plazo de tiempo determinado se une una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. En tanto que el arrendatario aún no ha ejercitado la opción por no haber transcurrido el plazo estipulado, y aunque proceda al pago de las correspondientes cuotas, al ser su naturaleza jurídica distinta a la del contrato de compraventa, «...el objeto arrendado es de plena propiedad de la parte arrendadora, por lo menos hasta que se ejercite el derecho de opción...»(FD 1.º).

Deficiente formulación del recurso de casación.—En la formulación del recurso de casación no pueden invocarse todos los artículos referidos a la interpretación de los contratos, sino aquella o aquellas normas que se consideren que han sido objeto de la errónea interpretación. Aun cuando con base en el principio «pro actione» el TS entre en el análisis y estudio del correspondiente recurso de casación, éste no puede en ningún caso considerarse como «un instrumento para denunciar una sentencia y que esta Sala averigüe la norma del Código Civil que es aplicable para apoyar jurídicamente la denuncia» (FD 1.º) (STS de 4 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 4 de junio de 1991 la firma *Pegaso Leasing, S.A.*, suscribió un contrato de arrendamiento financiero en virtud del cual la citada firma en calidad de arrendataria cedía a la

empresa *Transporte O.G., S. A.*, el uso de un vehículo marca Pegaso por un periodo de sesenta meses, fijándose el pago de sesenta cuotas así como el valor residual a pagar por el arrendatario en el supuesto de ejercer la opción de compra que sobre el vehículo se contenía en el citado contrato. Produciéndose el embargo del citado vehículo por Caja de Castilla-La Mancha, la entidad *Pegaso Leasing, S. A.*, demandó a las entidades embargantes y arrendatarias sobre tercería de dominio. Estimada la demanda de tercería, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma por la entidad *Caja de Castilla-La Mancha*. La representación de la entidad *Pegaso Leasing, S. A.*, interpuso recurso de casación ante la citada resolución alegando como único motivo la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 CC, así como de la normativa reguladora de las operaciones de arrendamiento financiero o *leasing*.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el TS, reiterando su jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, rechaza los argumentos de la parte recurrente que pretendía su calificación como negocio aparente que ocultaba una compraventa de bienes muebles a plazo, calificación que hubiera dificultado el ejercicio de la tercería de dominio por parte de la sociedad arrendataria. Sin embargo, como la presente sentencia señala en el FD 1.º, la propiedad del bien en cuestión sigue siendo de la parte arrendadora en tanto que no se haya ejercitado la correspondiente opción de compra por la parte arrendataria. Finalmente, el TS, rechazando la tesis de la compraventa a plazos, critica la tónica cita que se hace de la STS de 28 de mayo de 1990, en la que se admitió la existencia de una compraventa a plazos en lugar de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, y la utilización de éste para ocultar una compraventa, como se dedujo dada la escasa regulación del ejercicio de la opción de compra, el hecho de haberse aceptado una letra de cambio para el pago del valor residual del bien además de las correspondientes cambiales de los pagos mensuales, y finalmente el carácter nominal o simbólico no cumple la función económica de un precio autónomo. Sin embargo, los hechos de una y otro, tal y como señala la Sala, difieren considerablemente por lo que no cabe la consideración de la misma en el presente caso. (R. D. O.)

39. Concepto de contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece al respecto (SSTS de 26 de noviembre de 1999 y 3 de febrero, 7 de febrero, 16 de mayo y 21 de noviembre de 2000) que «se trata de un contrato atípico al que empresarios y profesionales acuden para el equipamiento en el desarrollo de sus actividades buscando la financiación de la que no disponen para ese fin o los beneficios fiscales que le reconoce la Ley 26/1988, de 29 de julio, eligiendo los elementos que necesitan, concertando con la financiera correspondiente que proceda a su adquisición y les ceda su uso a cambio del pago de una cuota calculada en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes más la opción de compra que, mediante cláusula específica y legalmente obligatoria, se concede al arrendatario con un valor fijo que suele corresponder al resto del precio pendiente de amortizar y en

cuantía similar o mayor al de las cuotas, sin que esa cuantía que se le calcule y fije pueda constituir dato que, por sí sólo, desnaturalice el contrato». Los bienes objeto de la cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales

En lo referente a su naturaleza jurídica establece la STS de 3 de febrero de 2000, reiterando el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal de 28 de noviembre de 1997, que «se trata de una institución de derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial. Se trata de un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC».

Diferencia entre un contrato de *leasing* y un contrato de compraventa de bienes a plazos.—Una consolidada doctrina jurisprudencial ha sancionado (SSTS de 26 de noviembre, 2 de diciembre, 7 de febrero, 16 de mayo y 21 de noviembre de 2000) «la falta de identidad de las figuras aludidas, pues pese a su indudable semejanza persiguen finalidades y producen efectos distintos. No obstante, la aludida similitud ha propiciado que en ocasiones se utilice la cobertura del *leasing* para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener ventajas financieras y fiscales». En los contratos de compraventa de bienes a plazos una parte compra la maquinaria como mero intermediario que paga por cuenta de la otra parte contratante surgiendo entre ambos un simple préstamo mercantil de dinero con pacto de intereses regulado en los artículos 311 a 319 del CCom y 1740 y 1753 a 1757 del CC.

La calificación como de uno u otro tipo está en función de la causa, elemento esencial del negocio jurídico, en este caso, del contrato. Si la causa es el fin inmediato que lleva a la celebración del contrato, en este caso que nos ocupa, habrá sido, de conformidad con lo que dispone el artículo 1274 del CC, el suministro a la usuaria, en arrendamiento con opción de compra, de la maquinaria que ella eligió para su industria y la obligación de hacer frente, con facilidades, al pago de su precio y renta a quien atendiendo el requerimiento de la compradora, hizo efectivo el precio surgiendo así unas obligaciones pactadas entre financiera y arrendataria. La falta de regulación expresa en nuestro Código civil de un contrato de estas características hace que el mismo se normativice por la voluntad de las partes en virtud de la libertad consagrada en el artículo 1255 CC, siempre que estos pactos no sean contrarios a la ley, moral y orden público. Si la voluntad de las partes es la de vincularse por esta modalidad atípica contractual ha de calificarse como tal y no como de compraventa de bienes a plazos. En ningún caso, «no es suficiente, por sí sólo, para poder desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o *leasing* el importe más o menos elevado de la cuota residual pactada para ejercitar el arrendatario la opción de compra» (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero y 15 de junio de 1999).

«Si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es la intención y querer de las partes y no venir estructurando el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aque-

lla modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra modalidad es distinta, y el contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación al comprador por tratarse de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno» (STS de 30 de julio de 1998).

La parte cumplidora no está facultada para pedir la resolución del contrato, si previamente ha optado por el cumplimiento.—Establece el artículo 1124 CC, para el supuesto de incumplimiento de obligaciones recíprocas, la facultad establecida a favor del perjudicado de escoger «entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». «Lo que hace incompatible el ejercicio simultáneo en dos juicios distintos la acción del cumplimiento del contrato y la acción resolutoria, incompatibilidad que se da en los dos juicios seguidos por el banco contra los arrendatarios, en cuanto que entendemos que el banco recurrente, al promover el juicio ejecutivo en base a la póliza del contrato de *leasing*, optó por el cumplimiento del contrato al exigir no sólo el pago de todas las cuotas, sino también el valor residual». (STS de 4 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Banco de Comercio, S. A.* interpone demanda contra *Aglomerados Almagro S. A.* y contra *G. S. L.* solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero así como la toma de posesión del bien objeto del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia, así como por el TS en recurso de casación, ya que no se puede pedir la resolución del contrato si previamente ha solicitado el cumplimiento del mismo. (*M. F. N. C.*)

40. Concepto de contrato de arrendamiento financiero o leasing. Partes intervinientes.—«La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, establece en su DA 7.^a, apartado primero, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes mueble o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número dos de esta disposición. Los bienes objetos de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicio o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá obligatoriamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario» (STS de 30 de julio de 1998).

En este tipo de contrato concurren tres partes, la «empresa de *leasing*» que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el «proveedor» que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y, finalmente, el «usuario» que celebra el contrato con la

empresa de *leasing* y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Diferencias entre un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y un contrato de compraventa de bienes a plazos. Consecuencias en juicio ejecutivo.—Carente el contrato de arrendamiento financiero de una regulación jurídico-privada, la jurisprudencia del TS –SSTS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983– ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazo de bienes con reserva de dominio «ya que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la estipulación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para cubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser excluido este tipo contractual por ser ajeno a la intención y querer de las partes» (STS de 30 de julio de 1998).

La opción de compra a favor del usuario al finalizar el arrendamiento financiero constituye un elemento esencial del mismo. En lo que atañe al valor residual del objeto que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del *leasing*, «la nimiedad del valor residual, no es indicativa por sí sola para entender que no estamos en presencia de un arrendamiento financiero» (SSTS de 6 de marzo de 1996, 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero y 26 de noviembre de 1999). Junto a ello se debe traer a colación la DA 7.ª de la Ley 26/1988 en su apartado séptimo (reproducido en el apartado séptimo del art. 128 de la Ley 43/1995) que obliga a las entidades arrendadoras a amortizar el coste del bien o bienes adquiridos para el arrendamiento financiero deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Es decir, «para todos los efectos fiscales, el precio de adquisición debe corresponder a las cuotas a pagar en aquellos plazos, por lo que entonces es completamente lógico que el valor residual no sea índice significativo por sí mismo de la conversión del *leasing* en una venta a plazos» (STS de 21 de enero de 1996).

Tras el embargo y ejecución de los bienes financiados por medio de un contrato de *leasing* la empresa de arrendamiento financiero ejerce una tercera de mejor derecho solicitando la preferencia de su crédito respecto a otros sujetos interesados. Esta preferencia se confirma si el contrato que media entre empresa y usuario se enmarca en esta modalidad para cuya calificación habrá de estarse a la causa por la que ambos deciden vincularse y a los pactos que medien entre ellos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en nuestro ordenamiento. Junto a ello, obligatoriamente para recibir tal calificativo, ha de establecerse en una cláusula el valor residual, precio de la opción de compra, a la finalización de la vigencia del contrato de arrendamiento. La baja cuantía del mismo no provoca la conversión de un contrato de estas características en otra modalidad contractual como la de compraventa de bienes a plazos dada la obligación de amortizar el bien que compete a las arrendadoras. Por lo tanto, ante el incumplimiento del usuario y ejecutado el bien las cantidades que puedan obtenerse por la enajenación de los bienes embargados deben destinarse a satisfacer, según su alcance, el valor de las

cantidades adeudadas a la financiera que tiene preferencia sobre cualquier otro interesado. Si, por el contrario, el contrato celebrado no puede calificarse como de arrendamiento financiero, sino de compraventa de bienes a plazos, porque así fue la voluntad de las partes, si bien pudieron celebrar un acuerdo simulatorio para beneficiarse de los incentivos fiscales, la preferencia en el orden de los créditos puede no ser la misma y, por lo tanto, corresponder a otro interesado. (STS de 12 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera Lico Leasing, S.A. interpone demanda de tercera de mejor derecho contra *Áridos y Movimientos de Tierra Herval, S. L.* y demás interesados solicitando se declarase la preferencia de su crédito frente a los demandados así como que las cantidades que se pudieran obtener por la enajenación de los bienes embargados deban ser destinadas a satisfacer, en todo o en parte, según se declare su valor, las cantidades adeudadas por *Lico Leasing S. A.* con preferencia a la del resto de demandados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda que fue revocada en apelación por la Audiencia. El TS revoca la sentencia de apelación y confirma la de instancia. (M. F. N. C.)

41. Oponibilidad del subarriendo, al ser conocida por el tercero arrendador antes de pactar la resolución del arrendamiento.—No hay ajenaidad por parte del propietario, a lo que debe añadirse, porque es importante, la relevancia de las cláusulas de duración del subarriendo que limitaban la voluntad de renuncia al arriendo. Con base fundamentalmente en todo ello concluye la S de 14 de octubre de 1997: «el propietario arrendador no respondería si fuera desconocedor de la situación perjudicial que se origina a los subarrendatarios, pero cuando, como ocurre en el presente caso, tal situación es conocida, incluso se establecen cláusulas “apaciguadoras” como la ya reseñada, también responde solidariamente de los daños, sea por extensión de los efectos del artículo 1101, sea como mantiene un sector doctrinal *ex artículo 1902 del CC*».

Casos iguales deben tener soluciones iguales.—La doctrina y el contenido jurídico de la Sentencia expresada (de conocimiento y apreciación de oficio) es aplicable *mutatis mutandi* al presente recurso, pues las cuestiones sustanciales planteadas en el mismo aparecen resueltas en dicha resolución, la cual tiene un valor de precedente a seguir en aras del principio de igualdad, con arreglo al que casos iguales deben tener soluciones iguales, cuando no haya razones —que aquí no las hay— que justifiquen, motivadamente, un cambio de criterio.

El artículo 1227 CC se refiere a la fecha del documento y no a la eficacia de su contenido.—El artículo 1227 CC atiende a la fecha del documento y no a la eficacia de su contenido. Se refiere al caso de que por el documento o documentos se pretenda justificar determinado hecho tratando de evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien no hubiere intervenido en el mismo (SS, entre otras, de 25 de enero de 1989 y 12 de diciembre de 1994). Además los supuestos del artículo 1227 CC no constituyen *numerus clausus* a efectos de determinar la fecha de otorgamiento de un documento pues la autenticidad de la misma puede acreditarse por los diversos medios de prueba.

Los intereses procesales son apreciables de oficio.—Los intereses a que se refería la sentencia del Juzgado no eran los moratorios, sino los ejecutivos o procesales, los cuales a diferencia de aquéllos no están sujetos al principio de justicia rogada sino que son apreciables de oficio. (STS de 22 de febrero de 2002, no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes eran subarrendatarios de locales de negocio, que dirigieron sus acciones contra el arrendador y el arrendatario de dichos locales, que habían resuelto bilateralmente el arriendo mediante el pago de una cantidad de dinero al arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las peticiones de declaración de nulidad del pacto extintivo del arrendador y arrendatario y de novación subjetiva del contrato de arrendamiento, pero estimó la petición subsidiaria, consistente en condenar al arrendador y al arrendatario a indemnizar a los demandantes en caso de que alcancen firmeza las resoluciones del contrato de subarriendo que hayan promovido o puedan promover contra los actores. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente, en el sentido de condenar a los demandados a indemnizar solidariamente a los demandantes en 8.000.000 pesetas. Recurrída la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

42. Arrendamiento urbano. Ruina del inmueble. Responsabilidad del arrendador por no realizar a tiempo las reparaciones necesarias: incumplimiento contractual.—Cuando el arrendador no efectúa en la finca arrendada las reparaciones necesarias que por Ley está obligado a realizar y como consecuencia de su inactividad se produce la ruina del inmueble, a juicio del TS estamos en presencia de un incumplimiento contractual. El citado incumplimiento contractual legitima a los arrendatarios a reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Arrendamiento urbano. Extinción: declaración de ruina.—Una de las causas de extinción del contrato de arrendamiento es la declaración firme de ruina del inmueble arrendado acordada por la autoridad competente (art. 28 LAU de 1994 y art. 114.10.ª LAU de 1964).

Arrendamiento urbano. Extinción por declaración de ruina: el arrendador no está obligado a reconstruir el inmueble arrendado.—La extinción del contrato de arrendamiento como consecuencia de la declaración de ruina del inmueble arrendado exime al arrendador de la obligación de realizar las obras necesarias para la reconstrucción o reedificación del mismo. (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La arrendataria de una vivienda (doña F. L. G.) había reclamado en numerosas ocasiones al arrendador (*Promociones Anvi, S. A.*) la necesidad de efectuar determinadas obras de conservación en el inmueble arrendado.

El arrendador hizo caso omiso a los requerimientos de la arrendataria y no realizó ninguna obra de conservación en la finca arrendada. Ello ocasionó, con el paso del tiempo, que la arrendataria tuviese que abandonar la vivienda arrendada ante la declaración de ruina inminente del edificio emitida por el Ayuntamiento.

Como consecuencia de todo lo anterior, la arrendataria interpuso una demanda contra el arrendador, solicitando se condenase a la parte demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y estima en parte la demanda. (*M. J. P. G.*)

43. Arrendamiento de local de negocio. No cabe en casación sustituir la valoración de la prueba del Tribunal de Instancia por la del propio recurrente, con base además en preceptos que no contienen reglas legales de valoración de la prueba. El pago de las rentas pendientes hasta la finalización del contrato procede cuando el arrendatario desaloja voluntaria y anticipadamente el inmueble, no cuando el desalojo se debe a incumplimiento del arrendador.—Como quiera que ni el artículo 1555 CC ni el artículo 56 TRLAU de 1964 contienen regla alguna de tal clase, la personal valoración de la prueba que ahora ofrece el recurrente ha de rechazarse sin más y el motivo, en cuanto responde a tal valoración, debe ser desestimado por incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues el hecho probado de que ni desde un principio ni después de las obras el local podía servir al fin pactado, rotundamente establecido en la sentencia impugnada con base en la prueba pericial, ha de permanecer incólume en casación.

Además, aun teniendo por no hecha esa valoración de la prueba propia y personal del recurrente también el motivo habría de ser desestimado, ya que como se desprende de las SS de esta Sala de 15 de marzo de 1997 (recurso 869/93), 7 de febrero de 2001 (recurso 612/1996) y 23 de mayo de 2001 (recurso 916/1996), el desalojo a que se refiere el artículo 56 TRLAU de 1964 es el voluntario por parte del arrendatario, a modo de desistimiento unilateral del contrato, no el forzoso por razón de un desahucio ni, desde luego, tampoco el debido a un incumplimiento esencial del contrato por el arrendador.

Así las cosas, difícilmente cabe sostener que en el caso examinado la entidad arrendataria careciera de causa justificada para resolver («rescindir» según el art. 1556 CC) el contrato, ya que además de no ser cierto que nada se pactara acerca del destino del local, pues en su propia demanda el hoy recurrente alegó tener conocimiento de que la arrendataria pretendía dedicarlo a «centro de reunión del personal, así como garaje de vehículos y almacén de equipos», lo cierto y verdad es que en su estipulación segunda, transcrita ya en el FJ 2.º de esta sentencia de casación, se decía que la estructura del local se encontraba en perfecto estado, algo que la realidad desmintió rotundamente cuando al acometerse por la arrendataria las obras de adaptación se detectaron importantes deficiencias estructurales que finalmente resultaron deberse a la aluminosis.

Había por tanto una inadecuación del local al fin pactado desde la propia firma del contrato, pero la arrendataria no pudo advertirla hasta que acometió las obras previas al inicio de su actividad. De ahí que el arrendador no cumpliera desde un principio su obligación esencial en cuanto tal, la de dar al arrendatario el goce de la cosa (art. 1543 CC), como tampoco la de entregarle la cosa objeto del contrato (art. 1554.1.º CC), es decir, un local con su estruc-

tura «en perfecto estado», dándose así una situación muy similar a la de inhabilidad del objeto vendido que la jurisprudencia de esta Sala equipara a su falta de entrega a efectos de resolución de la compraventa por incumplimiento del vendedor.

La «rescisión» a que alude el artículo 1556 CC es, en realidad, una resolución por incumplimiento, por lo que no resulta aplicable el requisito de la subsidiariedad del artículo 1294 CC.—Bastará con recordar que la acción ejercitada por la entidad arrendataria nada tenía que ver con los supuestos contemplados en dicho artículo 1291 CC; que en consecuencia no le era aplicable el requisito de la subsidiariedad establecido en el artículo 1294 CC que básicamente se cita como infringido; que es prácticamente unánime la opinión de la doctrina científica considerando en realidad la «rescisión» del artículo 1556 CC como una resolución por incumplimiento, como igualmente hace la jurisprudencia de esta Sala (p. ej., SSTS de 13 de noviembre de 1985 y 10 de junio de 1987) que pone dicho precepto en estrecha relación con el artículo 1124 del mismo cuerpo legal; y, en fin, que lo acordado por el fallo recurrido no es la rescisión del contrato sino, muy claramente y depurando terminológicamente lo pedido en la demanda reconvenicional, su resolución, de suerte que todo el motivo cae así por su base.

Dado el carácter innegablemente contractual de la situación litigiosa, no cabe indemnizar al arrendador, con base en el artículo 1902 CC, por las obras acometidas con posterioridad a declararse la resolución del contrato, petición que, además, es una cuestión nueva inadmisibile en casación.—También este motivo ha de ser desestimado porque, al margen de ser cuestión totalmente nueva, y por tanto inadmisibile en casación, la obligación de la arrendataria de indemnizar al arrendador con base en el artículo 1902 CC, precepto por demás difícilmente aplicable a las incidencias de una relación tan netamente contractual como la litigiosa, y aparte de no alcanzarse a comprender la relación del artículo 1282 CC con lo planteado en el motivo, salvo que por vía indirecta se pretenda una nueva valoración conjunta de la prueba documental presentada por la nutrida correspondencia cruzada entre las partes, vía constantemente rechazada por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 13 de noviembre de 2000 y 8 de octubre de 2001 entre las más recientes), nunca podría salvarse el dato incontestable de que las obras comenzaron después de que la arrendataria hubiera ya manifestado su voluntad de dar por resuelto («rescindir») el contrato y el arrendador hoy recurrente no se opusiera claramente a esa voluntad, de suerte que, más que una situación de incertidumbre en torno a la vigencia del contrato, lo que siguió a esa manifestación bien puede calificarse de mera expectativa de celebrar un nuevo contrato si las deficiencias estructurales del local quedaban finalmente subsanadas. (STS de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre dos sociedades anónimas se celebra un contrato de arrendamiento de local de negocio. Pasados casi dos años desde su celebración, sin que la arrendataria hubiera comenzado a darle uso, pese a estar pagando puntualmente la renta pactada, inicia las obras de adecuación del local a su actividad, momento en que se detectan graves deficiencias estructurales en el mismo, que impiden su uso para el fin pretendido. Estando en negociaciones con la arrendadora para que se hiciera cargo de las obras necesarias y en vista de las dilaciones que se producían en su ejecución y de la

tremenda envergadura de las mismas, que hacía dudar de su utilidad, la arrendataria comunica a la arrendadora la resolución del contrato. Ésta demanda a la arrendataria solicitando se le condene a abonarle el importe de las rentas pendientes hasta la finalización inicialmente prevista del contrato o, subsidiariamente, al pago de las obras efectuadas por su parte, a lo que reconviene la demandada solicitando que se declare válida y eficaz la «rescisión» del contrato comunicada en su momento por carta a la arrendadora y que se condene a ésta a la devolución del importe de la fianza entregada en su momento. El Juzgado de Primera Instancia acoge parcialmente el pedimento principal y el subsidiario de la demanda y desestima la reconvenición, sentencia que revoca la Audiencia Provincial, que desestima íntegramente la demanda y acoge plenamente la reconvenición. Interpuesto el recurso de casación por la demandante-reconvenida, el TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

44. Prescripción de la acción de reclamación de rentas.—El artículo 1966.2.ª CC establece un plazo de cinco años para ejercitar la acción de reclamación de rentas. No obstante, en el supuesto de hecho del precepto se considera incluido tanto la reclamación de rentas del arrendador contra el arrendado, como cualquier otra reclamación económica derivada del pago de rentas, como puede ser la discusión sobre la reducción de la renta.

Revisión de la renta en los arrendamientos rústicos.—Para la aplicación del artículo 42 LAR, es necesario que se refiera sobre la revisión ordinaria de las rentas. La revisión extraordinaria queda fuera del supuesto de hecho del precepto señalado. El artículo 43.2 LAR regula la revisión extraordinaria de la renta. La admisión de que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de revisión extraordinaria de la renta, no viola el principio de igualdad ni de equivalencia de las prestaciones, ni se le coloca en mejor posición que el arrendador, debido a la significación socioeconómica de estos arrendamientos rústicos, siempre y cuando se acredite un perjuicio para el arrendatario.

Doctrina de los actos propios.—Los actos propios deben consistir en que ante situaciones idénticas, el proceder de alguno de los afectados es contrario. La conducta contradictoria origina una total inseguridad o incertidumbre en el destinatario de este comportamiento. El hecho de la satisfacción de una determinada renta actualizada a cada período no puede considerarse como renuncia alguna de derechos reconocidos legalmente.

Reconocimiento judicial de la doctrina de los actos propios.—Según la STS de 21 de febrero de 2000, el origen legal de la figura de los actos propios debe hallarse en el artículo 7.1 CC, cuyo fundamento es la confianza suscitada en la otra parte (STC de 21 de abril de 1988 y STS de 24 de junio de 1996). Por ello, si se origina una confianza tal en que no se ejercerá un derecho legalmente reconocido, no es lícito ejercitarlo cuando esta conducta entra en contradicción con la anteriormente observada (SSTS de 22 de mayo de 1984, 10 de junio de 1994, 7 de febrero de 1995, 6 de mayo de 1997 y 10 de julio de 1997). Se desarrolla esta doctrina de los actos propios en cuanto que se contradiga una conducta de explícito reconocimiento de un contrato (SSTS de 25 de enero y 18 de octubre de 1982, 4 de marzo, 23 de marzo de 1985 y 30 de mayo de 1986.)

Principio de Irretroactividad en relación con la revisión de la renta en arrendamientos rústicos.—La retroacción de efectos del artículo 43.1 LAR.

que regula la revisión de las rentas a instancia del arrendatario, no ha de someterse a la disciplina de la retroacción de una ley, sino que se cifre a «la retroacción de unos efectos derivados del ejercicio de un derecho, que se reconoce *ope legis*».

Extinción del contrato de arrendamiento rústico.—La relación entre los artículos 1156 CC y 83.1 LAR, en los que se establece que las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento en el primero, y que el arrendamiento se extingue por haber expirado el período contractual, concluye en que, aun finalizado el contrato, es posible el ejercicio de cuantas acciones sean pertinentes a resultas del tracto negocial precedente. (STS de 19 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda por la parte actora, en la que se solicitaba que se condenara a los demandados a abonar solidariamente una indemnización por los daños y desperfectos causados en la finca *Estrella Alta*, así como los recibos de la *Compañía Sevillana de Electricidad*, y la devolución de un motor grande de riego que estaba instalado en el río. Los demandados oponiéndose a parte de los hechos (aceptando el pago de los recibos y la devolución del citado motor) reconvinieron en ejercicio de revisión extraordinaria de la renta por el cambio de las circunstancias que influyeron en una lesión superior al 15 % de la renta justa, y una vez determinada, se practicase la liquidación entre arrendadores y arrendatarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de una cantidad determinada, así como desestimó la demanda reconvinencial. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, accediendo a la revisión extraordinaria de renta solicitada. El TS declara no haber lugar. (P. S. S.)

45. Contrato de ejecución de obras y permuta. No es procesalmente admisible una condena de futuro condicional, por lo que no es incongruente una sentencia absolutamente desestimatoria de la demanda, en la que, no obstante, se reconoce un deber de actuación de los demandados, solicitado en la demanda, pero condicionado al cumplimiento previo del fallo por los demandantes reconvenidos.—En la sentencia del Juzgado, cuyo contenido es asumido en su integridad explícitamente por la de la Audiencia, se establece que una vez realizadas por los Srs. J. S. las reparaciones a que se les condena, don P. B. V. y don J. B. V. deberán abonar a los actores la cantidad de 1.097.061 pesetas en concepto de precio (resultante de imputar al precio pendiente de pago el *quantum* dimanante de las cláusulas penales) y otorgar la escritura pública de declaración de obra nueva definitiva. Por consiguiente, como la exigencia de las referidas prestaciones depende del cumplimiento previo de las reparaciones, es absolutamente coherente que no se haya establecido un pronunciamiento condenatorio, so pena de incidir en una condena de futuro condicional que no es procesalmente admisible. Por ello, no se da incongruencia y decae el motivo.

El rechazo íntegro de la demanda provoca la imposición de las costas al demandante.—En el motivo segundo se acusa infracción del artículo 523 LEC de 1881 en materia de costas, pues como consecuencia de haberse reco-

nocido algunas de las pretensiones de los actores –parte de la reclamación de cantidad y otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra definitiva–, al condenarse a los actores al pago de las costas de la demanda se aplica indebidamente el precepto mencionado.

La desestimación del motivo (a cuya admisión ya se opuso en su momento procesal el Ministerio Fiscal) es una consecuencia inmediata del rechazo del anterior, porque si no hay estimación de pretensión, ni siquiera parcial, no se altera la aplicación de vencimiento objetivo que consagra el precepto denunciado como infringido.

No es incongruente la sentencia que no condena a una pretensión subordinada a la principal por no estimar ésta.–La solicitud de condena a la indemnización de daños y perjuicios integra un concepto condicionado (acumulación de acciones sucesiva o subordinada) a la estimación de la pretensión principal de la que es dependiente, por lo que, al no acogerse ésta por las razones expuestas, no cabe condenar a la indemnización interesada, y no concurre el vicio de incongruencia omisiva.

La cláusula penal es una obligación accesoria que sanciona el incumplimiento de otra principal y que depende de tal incumplimiento.–La cláusula penal constituye una obligación, generalmente pecuniaria, de carácter accesorio, que sanciona un incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación contractual (art. 1152 CC, y SS entre otras, de 23 de mayo de 1987, 30 de abril de 1991 y 12 de enero de 1999), por lo que si falta el antecedente –incumplimiento– no se puede exigir el consiguiente –penalización–.

El recurso de casación se interpone contra el fallo; la discordancia entre éste y los fundamentos que lo determinan puede subsanarse por medio del recurso de aclaración o de la denuncia de incongruencia interna.–La sentencia de la Audiencia (que es la recurrida) no corrige la del Juzgado porque desestima el recurso de apelación y confirma la resolución apelada. El recurso de casación no se da contra los argumentos sino contra el fallo, y si bien cabe la posibilidad de que se produzca una disonancia entre los fundamentos determinantes del fallo y el contenido de éste, la subsanación de la incoherencia debe intentarse mediante el denominado recurso de aclaración (STC 140/2001, de 18 de junio), o la denuncia de la incongruencia interna (art. 359 LEC 1881), lo que en el caso no se ha hecho. (STS de 7 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–Los miembros de una comunidad de bienes celebran con los propietarios de un solar un contrato de ejecución de obras y permuta para la construcción de una nave industrial. Terminadas las obras, los contratistas-permutantes demandan a los propietarios del suelo solicitando se les condene al pago de ciertas cantidades en concepto de parte del precio y cláusula penal, a la suscripción de escritura pública de declaración de obra nueva definitiva o acta de conclusión de obras y a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de esta última prestación. Los demandados reconviene solicitando que los demandantes reparen las deficiencias y defectos percibidos en la edificación, así como el pago del exceso de volumen de edificación que, con respecto a lo pactado, ha quedado en poder de los demandantes reconvenidos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como, en apelación, la Audiencia Provincial, desestimaron íntegramente la demanda y esti-

maron en parte la reconvencción. Recurrida en casación la sentencia de apelación por los demandantes reconvenidos, el TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

46. Contrato de obra: responsabilidad de los arquitectos por defectos de la obra: humedades y filtraciones: derecho transitorio anterior a Ley de edificación.—No es posible bajo los parámetros de cualquier deontología profesional, que cuando el titular profesional que acomete su *facere* encuentra en la ejecución de lo así proyectado —y en el caso del arquitecto con mayor sentido, por su cometido de dirección—, que se está ello efectuando mal o en contra de lo previsto técnicamente, no pueda ni deba reaccionar en modo, bien imponiendo su autoridad al autor del desvío, bien apartándose de proseguir su tarea, salvo una expresa exoneración de responsabilidad por ese autor relevante y que le vincule; entender otra cosa es desmerecer el prestigio y *auctoritas* de este profesional, por lo que, al no haberse apreciado así, conlleva el acogimiento del motivo, incluso, a mayor abundamiento, con el respaldo de los artículos 10.2.c), 12.3.d), 13.2.c) y 17 de la vigente Ley de edificación, no aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigor.

Solidaridad con la empresa constructora: no procede.—Acreditada la individualizada responsabilidad de los arquitectos, por omisión de sus deberes de dirección de la obra, no cabe aplicar el instituto de la solidaridad atrayente de la responsabilidad de la empresa constructora. (STS de 1 de febrero de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Se invocan en el mismo sentido las SSTS de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 10 de noviembre de 1994 y 25 julio de 2000, así como las disposiciones del RD del 17 de junio de 1977. (G. G. C.)

47. Contrato de obra. Desistimiento del comitente.—Conforme a lo establecido en el artículo 1594 CC, el comitente puede desistir unilateralmente del contrato sin alegar justa causa.

Contrato de obra. Desistimiento del comitente: derecho del contratista a una indemnización.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1970 y 8 de julio de 1983) afirma que el derecho del contratista a percibir la indemnización del artículo 1594 CC no depende de los móviles o razones que hayan llevado al comitente (propietario del terreno) a desistir unilateralmente del contrato de obra concertado.

Contrato de obra. Incompatibilidad entre las acciones de desistimiento y de resolución por incumplimiento.—Cuando uno de los contratantes ha optado por el desistimiento del contrato, posteriormente no puede pedir la resolución del citado contrato por incumplimiento de la otra parte contratante.

Desistimiento unilateral (art. 1594 CC) y resolución por incumplimiento (art. 1124 CC): distinción.—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1970 y 8 de julio de 1983) señala que los artículos 1124 y 1594 CC regulan figuras jurídicas distintas con diferente régimen jurídico. Asimismo, el TS mantiene que los citados preceptos son autónomos e independientes entre sí. (STS de 4 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En septiembre de 1993 la *Estación de Servicio San Patricio-Albuñol, S. L.* (comitente) comunica a *Garcialsur, S. L.* (constructor) que en virtud del artículo 1594 CC desiste del contrato de obra suscrito entre ambos.

Posteriormente, el comitente (*Estación de Servicio San Patricio-Albuñol, S. L.*) interpone una demanda contra el contratista (*Garcialsur, S. L.*) y don J. G. A. en la que solicitaba, entre otras cosas, que se declarase resuelto el contrato de obra celebrado por las partes, se obligue al contratista a entregar todo lo construido y se le condene a abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el retraso en la entrega de la obra contratada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

48. Contrato de obra. Acción directa contenida en el artículo 1597 CC. La jurisprudencia considera que el artículo 1597 CC contiene una acción directa dentro del contrato de obra como medida de ejecución y medio de pago al acreedor. Esta acción, que alcanza a sucesivos subcontratistas, constituye una excepción al principio de relatividad del contrato, atenuando, de esta manera, la eficacia relativa del mismo (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 6 de junio y 27 de julio de 2000).

Presupuestos de la acción directa.—El presupuesto básico para ejercitar esta acción directa es que el dueño de la obra o comitente sea deudor del contratista. Así, del fundamento de la acción directa del artículo 1597 CC se desprende que en la cadena existente entre el contrato de obra y los subcontratos de la misma desaparecerá la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no adeude nada al siguiente. Cuando concurren sucesivas subcontratas será necesario seguir su orden inverso hasta el propietario que resulte obligado subsidiariamente o, en su defecto, hasta quienes le precedan, pero siempre que todos sean deudores unos de otros. (**STS de 31 de enero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Garrincha, S. L.* (segunda subcontratista) interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la mercantil *Casting Ros S. A.* (primer comitente) por la parte del precio que dicha sociedad anónima adeuda al contratista (la mercantil *ABB Industrietechnik A. G.*) y que le debe su subcontratista (*INSASA, S.A.*), aunque esta última no es deudora de la contratista. «*Casting Ros, S. A.*» contesta a la demanda y formula reconvenición oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho, suplicando al Juzgado que desestime íntegramente la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a la demandada de las pretensiones de la demandante. Apelada la sentencia por la parte demandante, y por *ABB Industrietechnik A. G.* como coadyuvante, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto confirmando íntegramente la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso. (*S. E. M.*)

49. Contrato de arrendamiento de servicios: responsabilidad.—El TS considera que, dentro de la relación de representación para la celebración de un contrato determinado, la firma del representante en el contrato en el que se establezca la responsabilidad solidaria, impone dicha responsabilidad tanto a quien encarga la celebración del mismo, como al firmante.

Validez de las cláusulas contractuales.—Las cláusulas contractuales no pueden considerarse abusivas cuando haya una expresa aceptación íntegra de su contenido. Tampoco pueden ser calificadas dichas cláusulas de inevitables para obtener un determinado servicio, si no hay ninguna ineludible necesidad o imposición imperativa que exija que éstas consten expresamente, y por tanto su aceptación responde a un acto voluntario. Siguiendo la interpretación jurisprudencial de la Ley de defensa de la competencia (ver, en este sentido, la STS de 20 de noviembre de 1996), para resultar protegido el consumidor o usuario, no puede adoptar una actitud pasiva; es decir, no es suficiente con que no haya podido influir en el contenido de estas cláusulas, sino que es necesario que no haya podido eludir su aplicación. Precisa igualmente el TS, cómo en virtud del artículo 1.3 LGDCU, no tendrán tal condición de consumidor o usuario aquellos que no se constituyan en destinatarios finales, y que, por tanto, adquieran los servicios con el fin de integrarlos en procesos de prestaciones a terceros.

Resolución de los contratos: desistimiento unilateral.—El artículo 1124 CC y su interpretación jurisprudencial (SSTS de 15 de febrero de 1981, 5 de mayo de 1983, 26 de febrero y 30 de diciembre de 1994, y 4 de febrero de 1997) exigen la precisa y clara manifestación del desistimiento para ejercitar la facultad de resolver las obligaciones. Dicha manifestación debe ser acompañada de las correspondientes indemnizaciones: el derecho que el artículo 1594 CC otorga al contratista de quedar indemne no puede ejercitarse impunemente (SSTS de 19 de noviembre de 1981 y 30 de mayo de 1987). (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia interpuso demanda contra don A. C. D. y la mercantil *Agrocanals S. A.* sobre reclamación de honorarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El TS desestima también el recurso de casación.

NOTA.—Hay que destacar, en relación con la LGDCU, la STC 15/1989, de 26 de enero, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada ley. También habría que tener en cuenta a la hora de aplicar la Ley de defensa de la competencia la reciente Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. (*S. E. M.*)

50. No es usurario un interés nominal del 21,504 % y un interés de demora del 24 % en un contrato de arrendamiento financiero.—Por razón del interés establecido en contrato, la Ley de usura tiene por nulo, desde su artículo 1, el préstamo para el que «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las cir-

cunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino» –adjetivaciones que encierran referencia a lo que es descarado en lo desmesurado con grado sumo– llevando a suponer que fue aceptado en situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental porque en la normalidad del aceptante produciría inmediato rechazo, disponiendo el artículo 2 que en cada caso los tribunales, para resolver, formarán libremente su convicción ante las alegaciones de las partes –así lo ha establecido la jurisprudencia en SS de 25 de septiembre de 1962, 18 de junio de 1963, 28 de febrero de 1988, 4 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 31 de marzo de 1997, disponiendo la de 24 de noviembre de 1984 que la facultad de libre convicción del TS ha de ser aceptando los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida– y siendo muy variable la cuantificación jurisprudencial de los intereses dentro de la normalidad, la Sala de instancia –teniendo en cuenta lo ya establecido por el Juzgado al señalar como interés nominal pactado el anual del 21,504 % y como interés de demora un 24 % anual– hace un minucioso estudio partiendo de que la operación comprensiva del préstamo es un arrendamiento financiero sobre un camión Mercedes Benz en fecha de 11 de abril de 1991 para tiempo de cinco años suponiendo aquéllos, respectivamente, un TAE del 23,755 % y del 26,82 %, cálculos que el recurrente no hace con respecto a la fecha del contrato, ni a la del tiempo por el que se pacta, ni a la clase de contrato ya que el litigioso es muy diferente al del simple préstamo. (STS de 1 de febrero de 2002, no ha lugar.)

HECHOS: El demandante solicitaba que se declarase la nulidad de un arrendamiento financiero por usura, condenando a la entidad financiera demandada a la restitución de los intereses abonados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS, al considerar que el interés satisfecho no era usurario. (L. F. R. S.)

51. Contrato de transacción en el que se pacta el sometimiento de las partes a un arbitraje. No se infringen las normas reguladoras de la sentencia por el hecho de examinar las excepciones procesales con posterioridad a entrar a conocer del fondo del asunto.—Aun cuando es cierto que por razones de orden lógico-procesal deben examinarse con preferencia las defensas o excepciones cuyas hipotética estimación impediría entrar en el denominado fondo del asunto, o que constituyen presupuesto del análisis de éste, sin embargo ningún perjuicio se causa a la parte por el hecho de que tal motivación se haya realizado en la sentencia recurrida con posterioridad tema de fondo, lo que por lo demás, en el caso, al menos en lo que hace referencia a la legitimación *ad causam*, tiene una cierta explicación habida cuenta la complejidad del supuesto fáctico y la oportunidad de exponer conjuntamente los temas de hecho y sus implicaciones jurídicas, por lo que el previo conocimiento de todo el entramado jurídico resulta más esclarecedor, y facilita la comprensión de la respuesta judicial.

La legitimación *ad causam* constituye una cualidad de la persona que la conecta objetivamente con la relación material objeto del pleito y determina su aptitud para intervenir como parte en éste.—La legitimación *ad causam* consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el

mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La S de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido.

En el caso resulta evidente la legitimación *ad causam* activa de los demandantes por cuanto los intereses afirmados les habilitan para formular la pretensión ejercitada.

De seguirse la tesis de la parte recurrente nadie tendría legitimación (respecto de los pleitos que aquí interesan) para dar eficacia a la cláusula del contrato de transacción (penúltimo párrafo de la estipulación decimoquinta) con arreglo a la cual «en aquellos procedimientos en los que hubiese recaído sentencia en primera instancia y se encontrasen en trámite de apelación, y al producirse el disenso deviniera ésta en firme se consideran sin efecto o valor alguno», porque, o bien no se intervino en el contrato transaccional, aunque hubiese sido condenado en los procesos de referencia (caso de *INDICUSA*), o bien no se intervino en éstos, aunque sí en el contrato (caso del Sr. R. D.).

La entidad *INCUSA* es directamente interesada en el pleito porque desistió de los recursos de apelación interpuestos en los juicios 1111/89 y 1040/90 en virtud de lo convenido en la cláusula decimoquinta apartados *h)* e *i)*, y sin embargo el Sr. R. y C. A. aprovechó la firmeza, de las sentencias condenatorias de primera instancia, consecuencia de dicho desistimiento, para instar la ejecución contra ella. Aparte de que también se aprecia la existencia de una estipulación a favor de tercero (art. 1257, párrafo segundo, del CC; SSTs de 10 de diciembre de 1956, 7 de junio de 1976, 31 de enero de 1986, 6 de marzo de 1989, 26 de abril de 1993, 23 de octubre de 1995, 27 de noviembre de 1998, 25 de febrero de 2000, 12 de noviembre de 2001, entre otras) que le legitima para actuar.

Y por lo que respecta al Sr. R. D., su legitimación deviene de ser interesado en el cumplimiento del convenio transaccional, por lo que si bien no puede pedir la restitución para sí porque no fue parte ni condenado en los juicios 1111/89 y 1040/90, sin embargo resulta afectado por su subsistencia, de ahí que resulte correcto el razonamiento de la resolución recurrida que rechaza el planteamiento del escrito de contestación «porque lo que pide en la demanda es que se cumpla con el deber de desistir y que el demandado restituya lo que hubiere percibido en tales dos procesos, a *Industrias del Curtido, S. A.*, y no a él pues no pide nada para sí». Además, en ningún caso cabría negarle un interés como coadyuvante.

A todo lo anterior debe añadirse la existencia de un entramado de bienes e intereses recíprocos con una interrelación tal que excluye la posibilidad de compartimentar las titularidades individuales aislándolas respecto del resultado unitario derivado del convenio transaccional, cuya *ratio* de poner fin a las desavenencias, conflictos y litigios existentes entre numerosas personas y sociedades debe ser protegida en tanto aquel mantenga su vigencia, por así exigirlo el ordenamiento jurídico positivo y el mantenimiento de la paz social.

Deben esgrimirse al menos dos sentencias de la misma Sala 1.ª del TS, con doctrina reiterada, para que quepa entender correctamente invocada la infracción de la doctrina jurisprudencial. No cabe hablar de *mora*

creditoris cuando los actos del acreedor no impiden al deudor cumplir con su prestación.—En el motivo tercero se alega infracción de la regla deducida de normas positivas (arts. 1505, 1589, 1590 y 1783 del CC) que establece la imputabilidad al acreedor de su propia insatisfacción. Y en el motivo cuarto se alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el llamado término esencial.

Los motivos carecen manifiestamente de fundamento porque la formulación del tercero no recoge la conculcación de una fuente del ordenamiento jurídico (art. 1.1 del CC), como exige el núm. 4.º del artículo 1692 LEC de 1881, y en cuanto al cuarto se indica una sola sentencia (la de 24 de septiembre de 1954) con desconocimiento de la doctrina reiterada de esta Sala que exige la cita de dos sentencias como mínimo para que quepa entender correctamente invocada la infracción de la doctrina jurisprudencial.

Además (y aun dejando a un lado que no se denunció un hipotético incumplimiento de *INCUSA* antes del desistimiento de las apelaciones, ni se da una situación de mora *credendi*, ni se acusó mora alguna, ni cabe imputar a dicha entidad ningún acto u omisión que impidiera cumplir al Sr. R. y C. con el compromiso asumido), en cualquier caso, *INCUSA* cumplió en tiempo oportuno con la única conducta que cabía exigirle que era la de desistir de los recursos de apelación, sin que el hecho de haberlo efectuado unos días después (el 27 de enero de 1992, según el motivo) de los tres a que se refiere la cláusula decimoquinta del contrato transaccional tenga la más mínima relevancia, y ello tanto más si se tiene en cuenta que el efecto pretendido por la estipulación se habría obtenido mediante una renuncia a su pretensión por parte del Sr. R. y C. A. (con devolución de lo percibido en virtud de la ejecución provisional) por lo que en cualquier caso la conducta ahora mantenida no se ajusta a la buena fe y carece de consistencia.

La función hermenéutica del contrato corresponde al Tribunal de instancia, cuya apreciación debe respetarse, salvo que sea ilegal, arbitraria o contraria a las reglas de la lógica.—Según la doctrina de esta Sala, cuya profusión excusa de una cita cronológica, la función interpretativa contractual viene atribuida al Tribunal de instancia, cuyas apreciaciones deben ser respetadas en casación salvo que incurran en ilegalidad o arbitrariedad, o sean contrarias a las reglas de la lógica que son las de buen sentido. En el caso no consta ninguno de estos vicios, por lo que aunque cupiere alguna duda sobre la interpretación realizada, ésta debe ser mantenida. Pero es más, la solución de la instancia también debe prevalecer porque la propia parte recurrente en su amplio discurso no extrae una conclusión unívoca contundente, y en cambio resulta claramente significativa la específica referencia en los apartados *h*) e *i*) de la estipulación decimoquinta del convenio transaccional a los juicios de menor cuantía 1111/89 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de la misma capital, en relación con la intervención del Sr. R. y C. A. en el otorgamiento del convenio transaccional «en nombre propio y por su derecho», además de en representación de una sociedad (núm. 4 de la relación de intervinientes); y ello tanto más si se tiene en cuenta la dicción de la cláusula decimosexta que hace referencia únicamente a la «adhesión al arbitraje», sin que quepa entender como coincidentes los ámbitos del arbitraje y del convenio transaccional dada la mayor amplitud de éste, como resulta de los términos de la escritura pública de 23 de diciembre de 1991, y del Auto de 25 de septiembre de 1992 del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia en autos 889/92 de ejecución del laudo.

Las reglas aplicables a la renuncia de derechos no son extensibles al contrato de transacción, donde ambas partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanje sus diferencias.—La misma suerte desestimatoria debe correr el motivo noveno en el que se denuncia infracción del artículo 6.2 del CC y jurisprudencia que lo interpreta, sobre renuncia de derechos, porque la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente se refiere sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción, porque éste es un contrato en que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias (S 11 de octubre de 2000). Por otra parte los términos de la transacción son claros y terminantes en el sentido de privar de eficacia alguna a los pleitos 1111/89 y 1040/90. Dice la cláusula decimoquinta: «En este acto ambos Grupos [en el A está incluido don Pedro R. y C. A.] se obligan a desistir en el plazo máximo de tres días, de los siguientes procedimientos: h)..., i)... [en los que se citan las mismas]. En aquellos procedimientos en los que hubiese recaído sentencia en primera instancia y se encontrase en trámite de apelación, y al producirse el disentiimiento deviniera ésta en firme, se considerarán sin efecto o valor alguno.»

Por consiguiente no hay equivocidad, ni vaguedad, ni imprecisión que permitan entender la alegación del recurso de que se da una ausencia de consentimiento claro y terminante.

No cabe casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto cuando no se citan al menos dos sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de doctrina coincidente, y la infracción se alega mediante una fórmula genérica. Por otra parte, la existencia de un convenio transaccional excluye la falta de causa del desplazamiento patrimonial.—El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores porque no se citan al menos dos sentencias de esta Sala cuya doctrina sea coincidente, sin que quepa denunciar la infracción mediante una fórmula genérica como la del enunciado, tanto más que se ha de razonar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida infringe la Jurisprudencia citada, por lo que al alegarse de modo genérico el principio que veda el desplazamiento patrimonial sin causa no es posible efectuar el necesario juicio de comparación entre los supuestos de las sentencias que lo sientan como *ratio decidendi* y el que es objeto de enjuiciamiento. Por lo demás, en el caso ha habido un convenio transaccional que excluye la falta de causa o injusticia del desplazamiento patrimonial, sin que proceda efectuar un juicio sobre el hipotético desequilibrio económico resultante de los diversos pactos que integran la transacción porque, como tiene dicho este Tribunal (SS entre otras, de 14 de marzo de 1955, 8 de marzo de 1962, 10 de abril de 1964, 30 de octubre de 1989 y 6 de noviembre de 1993), el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de concesiones.

No cabe casar la sentencia por un vicio procesal atribuido a la resolución de primera instancia que no fue planteado en apelación.—Y finalmente se desestima también el motivo undécimo en el que se denuncia infracción del párrafo segundo del artículo 523 LEC de 1881, con base en que —según el motivo— la sentencia del Juzgado condena a la demandada al pago de las costas a pesar de que no da lugar al último inciso del apartado C (del suplico de la demanda) relativo a la solicitud de condena en concepto de

daños y perjuicios. La razón para no acoger la denuncia se halla en que el vicio procesal aducido hace referencia a la resolución de primera instancia y no consta planteado, habiendo podido serlo, en la apelación, por lo que no puede ser tratado *per saltum* en la casación, ya que el objeto de este recurso es la Sentencia de la Audiencia, la cual, al no acoger el supuesto defecto, actuó dentro del ámbito del efecto devolutivo de la apelación; sin que por otra parte sea advertible un olvido u omisión por parte del juzgador de instancia pues ni existe base objetiva para su apreciación, ni se ha invocado incongruencia omisiva o falta de motivación. (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las profundas desavenencias surgidas entre diversas personas con intereses en varias sociedades, que habían dado lugar a numerosos conflictos y litigios, se entabló un largo proceso de conversaciones que culminó en un convenio transaccional en el que se insertó un arbitraje de equidad que se otorgó el 23 de diciembre de 1991. Entre los litigios referidos había dos cuyas demandas se habían formulado por el recurrente en casación contra una entidad mercantil y en las que reclamaba unas cantidades de dinero que estimaba le correspondían por el tiempo que fue miembro del Consejo de Administración. La estimación de ambas demandas en primera instancia fue recurrida por la entidad mercantil, que poco después desistió de sus recursos por efecto del convenio transaccional, deviniendo firmes las dos sentencias. Ante el incumplimiento del convenio por el antiguo miembro del Consejo de Administración, la entidad mercantil le demanda exigiendo la restitución de lo obtenido por la ejecución de las dos sentencias. El demandado condenado en ambas instancias interpone el recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

52. Interpretación de los contratos. Artículos 1281 a 1289 CC.—Según reiterada jurisprudencia, si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, se estará a la interpretación gramatical prevista en el artículo 1281.I CC; en estos casos no entran en juego las reglas contenidas en el resto de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos (SSTS de 2 de marzo y 10 de junio de 1998 y 5 de abril de 1999).

Afianzamiento de deudas futuras.—La fianza de deudas futuras está subordinada al nacimiento de la obligación principal obligándose el fiador sólo condicionalmente, para el caso de que la deuda llegue a tener realidad.

La deuda debe ser previsible o determinable en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda un nuevo contrato de fianza. La determinación exigida se concreta en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan, así como el importe máximo de las mismas.

Obligación de los bienes comunes del matrimonio del comerciante. Artículos 6 y 7 CCO.—Según dichos preceptos, el marido en el ejercicio del comercio puede obligar los bienes comunes del matrimonio pero no los privativos de la esposa.

Modificación del régimen económico matrimonial y derechos de terceros. Artículo 1317 CC.—En virtud de dicho artículo, la modificación del

régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. La jurisprudencia ha establecido en reiteradas ocasiones que no es necesario para hacer efectivo lo dispuesto en dicho precepto pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones ni demostrar que no se pueden cobrar de otro modo sus créditos. (STS de 18 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de junio de 1979, J. R. A. L. garantiza al *Banco Santander* en virtud de póliza de Garantía y Afianzamiento de Operaciones Mercantiles intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, el pago, de forma solidaria y con renuncia a los beneficios de excusión y división, de las cantidades que a dicha entidad adeudase *Alaceros Elgoibar, S. A.* (de la que el fiador era socio administrador), tanto en ese momento como en un futuro, con independencia del concepto de que procediesen y la forma en que la obligación fuese contraída, incluso por cantidades que tuviese que satisfacer el Banco en virtud de avales o afianzamientos por préstamos en beneficio de terceros y a favor de la persona garantizada por la póliza, hasta una suma de catorce millones de pesetas más comisiones e intereses devengados y no satisfechos, así como los gastos que judicial o extrajudicialmente se ocasionasen por cuenta o culpa del deudor.

La duración de la fianza se estableció por tiempo ilimitado ínterin no hubiesen sido canceladas las obligaciones y satisfechas las cantidades que de las mismas se derivasen y ello aunque se suscribiesen nuevas pólizas por el mismo u otros fiadores a favor de la misma persona garantizada.

El *Banco Santander* interpone demanda contra J. A. R. L. y su esposa reclamando el pago de la deuda nacida en virtud de la utilización del crédito concedida a la entidad fiada *Alaceros, S. A.* en póliza de crédito con Garantía de Valores suscrita por esta entidad y el *Banco Santander* el 28 de julio de 1992 por importe de 60 millones de pesetas, de los que dispuso la entidad acreditada. El crédito de la póliza se constituyó con garantía prendaria de mil acciones de la sociedad *Alaceros Elgoibar, S. A.* cuyo nominal superaba en cuarenta millones de pesetas el importe del crédito. Dicha garantía real se vio reducida como consecuencia de la declaración de dicha sociedad en suspensión de pagos, calificándose la insolvencia de definitiva.

El 19 de octubre de 1993, antes de haberse agotado el crédito de sesenta millones citado, J. A. R. L. había concertado con su esposa la separación de bienes, habiendo sido contraído su matrimonio en régimen legal de gananciales.

Las sentencias de primera instancia y apelación desestiman la demanda. (B. F. G.)

53. Culpa extracontractual: daños por rotura de tubería subterránea desde Canal del Duero: responsabilidad de la Administración: Derecho transitorio: Vis atractiva de la jurisdicción civil.—Según el artículo 9.2 LOPJ, los Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

diccional. Según doctrina jurisprudencial reiterada, la *vis attractiva* tiene lugar cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito extracontractual, se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas; ello tiene un sólido fundamento en que debe evitarse la división de la contienda de la causa al tener que actuar el perjudicado ante dos órganos jurisdiccionales diferentes, *ratio* que ha sido resaltada en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, ya que provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Demanda presentada después de la entrada en vigor de la Ley de 1992.—Nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor la Ley de 1992 y su Reglamento de 1993, porque esta Sala vienen entendiendo aplicables a tales reclamaciones la doctrina de la *vis attractiva* en el sentido expuesto (así SSTTS de 22 y 31 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 28 de noviembre y 18 diciembre de 2000, y 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001), la cual debe ser mantenida porque además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica procesal.

Solidaridad impropia: no se exige identidad de causa, pero sí concurrencia causal única en la producción del resultado.—La condena solidaria es correcta tanto en la perspectiva del artículo 1902 como en la apreciación de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. La solidaridad en sede de responsabilidad extracontractual responde a razones de equidad, interés social y aseguramiento de la protección de la víctima, y ha sido declarada en profusa jurisprudencia de esta Sala que la impone en aquellos casos en que, interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno, por lo que deviene imposible deslindar las responsabilidades concretas; para la aplicación de la solidaridad no se exige una unidad de causa, aunque sí concurrencia causal única, pero ello no obsta a una pluralidad de comportamientos, que pueden ser independientes y autónomos, simultáneos o sucesivos, pero que indudablemente han de concurrir a concatenarse en la producción del resultado dañoso; no se requieren que sean concausas, pero sí han de tener un valor eficiente, por lo que quedan excluidos los comportamientos que tengan carácter secundario. El comportamiento negligente de la Administración, dueña de la obra, radica en haber ordenado o autorizado la excavación de una zanja por un punto distinto del trazado del proyecto, sin previa información y documentación sobre la inexistencia de eventuales conducciones subterráneas que podrían discurrir por este lugar; junto a ello se estima la existencia de conductas y omisiones culposas de las otras entidades demandadas que confluyeron en la producción del resultado dañoso, y que justifican la solidaridad, porque el resultado es fruto de una actuación plural, y cabe imputación del daño íntegro a cada uno de los agentes, autores del ilícito. (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La *vis attractiva* que justifica residual y transitoriamente la competencia de la Sala 1.^a se ha proclamado en litigios que afectan a varias y diversas Administraciones públicas. A título de ejem-

plo: STS de 22 de diciembre de 1999, en las lesiones causadas a un escolar en clase de Gimnasia, concediendo indemnización de 120 millones de pesetas, hechos ocurridos en 1988 (extractada en *ADC*, 2001, p. 962 ss.); daños causados por la ocupación de tierras para construcción de pantano, ocurridos al parecer antes de 1992, en STS de 26 de febrero de 2000 (extractada en *ADC* 2001, p. 1298 s.); lesiones causadas por balonazo a alumno menor, antes de 1992, en STS de 19 de abril de 2000 (extractada en *ADC* 2001, p. 1306 s.); muerte de niña de cuatro años en actividad extraescolar, en 1990, según STS de 29 de junio de 2000 (extractada en *ADC* 2002, p. 357 ss.); médico que secciona nervio al practicar biopsia, en 1988, según STS de 28 de noviembre de 2000 (extractada en *ADC*. 2002, p. 880). Dado el retraso acumulado en la Sala 1.^a es previsible que seguirán dictándose todavía bastantes sentencias en el mismo sentido. (*G. G. C.*)

54. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad impropia.—Aun cuando en nuestro Derecho rige la regla de no presunción de la solidaridad, conforme a la cual solamente habrá lugar a ella «...cuando la obligación expresamente lo determine» (art. 1137 CC), por lo que a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual se refiere, dicha regla no es aplicada por la jurisprudencia cuando concurre más de un responsable, pudiéndose dirigir el perjudicado contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar el daño (SSTS de 13 de enero de 1979; 30 de diciembre de 1981; 17 de febrero, 28 de mayo, y 20 de octubre de 1982; 8 de mayo y 22 de septiembre de 1986; 21 de octubre de 1988; 24 de enero de 1989; 11 de febrero y 7 de mayo de 1993; 30 de mayo y 4 de noviembre de 1994; 17 de marzo y 12 de diciembre de 1998, entre otras). La solidaridad así denominada impropia se establece entre los copartícipes del hecho ilícitos y, según el caso, entre ellos y sus aseguradores, como medio o garantía de resarcimiento, de modo que cada uno de ellos, de los deudores, debe cumplir íntegramente la prestación (FD 1.^o).

Incongruencia de la sentencia. Condena solidaria de todos los demandados al pago de indemnización sin que en el suplico de la demanda se hubiese instado dicha condena.—Tal y como ha declarado el TS, «...no se precisa una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas ...», siendo suficiente con que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial (FD 1.^o, con cita de las SSTS de 30 de mayo de 1994 y 17 de marzo de 1998). Por tanto, no se entiende lesionado el principio de congruencia de las sentencias en los supuestos en los que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre y cuando, y sin alteración sustancial de la pretensión, ambos respondan a una unidad conceptual y lógica. En dicho sentido, la petición de la condena de todos los codemandados puede entenderse sinónima «... en el uso o entendimiento forense, de que se pretende una condena solidaria de los mismos». (STS de 15 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos P. y L. D. N., y la empresa *Dela, S. A.*, demandaron por los trámites del juicio de menor cuantía a J. S. Z., J. P. J., M. A. R. y a la entidad mercantil *Copilev*, solicitando la condena de los mismos al pago de una indemnización de 4.953.500

pesetas por los daños sufridos en una nave de su propiedad, y de 6.876.346 pesetas a la empresa *Dela, S. A.*, por los daños ocasionados en el túnel de frío instalado en la citada nave industrial. Desestimada la pretensión en Primera Instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, condenando a los codemandados solidariamente al pago de la cantidad de 3.715.125 pesetas a los hermanos D. N., por los daños causados en la nave siniestrada, de los cuales el 50 % serán a cargo de J. S. Z., J. P. J. y M. A. R., y el otro 50 % a cargo de la entidad *Copilev*. La representación legal de esta última formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 24. 1 CE, por infracción de las normas reguladores de la sentencia, en concreto, el artículo 359 LEC en relación con los artículos 1137 y 1138 del CC, al condenarse a los demandados solidariamente sin que en el suplico de la demanda se hubiese solicitado dicha condena solidaria sino únicamente «estimando la pretensión de la parte actora y condenando a los demandados...»

NOTA.—Si bien es cierto que la Sala 1.ª del TS aplica la regla de la solidaridad impropia en supuestos de responsabilidad civil extracontractual en la que se produce una concurrencia de partícipes en el hecho ilícito (FD 3.º STS, de 7 de mayo de 1993), y que la misma no pretende sino «... proteger a los perjudicados ...», así como «... salvaguardar el interés social ...» (FD 1.º), sin embargo, como el propio TS tiene igualmente declarado, el principio de solidaridad en estos supuestos tiene su razón de ser en tanto que no sea posible concretar o cuantificar la participación de cada uno de ellos en la producción del hecho dañoso (FD 5.º STS de 8 de noviembre de 1999, RJ 1999/8007). Así pues, cuando no haya sido posible cuantificar la participación de cada uno de los demandados en el hecho, la relación acreedor-deudores se establece, externamente, como solidaria, mientras que, internamente, y conforme al propio tenor literal del artículo 1138 CC, la deuda se entiende dividida proporcionalmente entre dichos deudores. Si embargo, llama la atención cómo en la sentencia que anotamos, al desestimarse el recurso, se confirma el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, en el cual, aun cuantificándose la participación de cada uno de los demandados en el hecho dañoso, un 50 % a cargo de tres de los demandados, y el 50 % restante a cargo de la entidad *Copilev*, simultáneamente se condena solidariamente a todos ellos a que indemnicen a los propietarios de la nave siniestrada. (R. D. O.)

55. Culpa extracontractual: daños por explosión de botella de acetileno: solidaridad: efectos de la apelación estimada de la compañía de seguros en el condenado que no recurre.—Es cierto que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela, ni se adhiere a la apelación, ni es dable entrar en cuestiones consentidas por el litigante, pero este principio quiebra en el supuesto de que los pronunciamientos deban ser absolutos e indivisibles por su naturaleza, y en aquellos otros en que haya solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal, nacida de los mismos hechos, con invocación de los mismos fundamentos y apoyada en alegación

que hacen idéntica la condición de los litigantes, pues ha de resolverse de igual manera y con carácter uniforme para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación, aunque no hubieran apelado de la sentencia, bastando el recurso de uno cualquiera de ellos, para que el Tribunal de segunda instancia pueda conocer el problema con toda su amplitud y con efectos para todas aquellas personas (STS de 29 de septiembre de 1996).

Incongruencia.—Es doctrina jurisprudencial muy reiterada que el ámbito del recurso de apelación, salvo la *reformatio in peius*, abarca íntegramente la cuestión resuelta en primera instancia, y que el Tribunal de apelación puede y debe resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito.

Responsabilidad por la explosión de la bombona de acetileno: relación de causalidad.—La sentencia impugnada concluye terminantemente que las pruebas practicadas no han permitido acreditar que el origen de la explosión producida en el pabellón de la actora estuviera en una fuga de la bombona de acetileno, debido a una deficiencia imputable al suministrador de la misma, existiendo informes periciales que la atribuyen a una fuga de las gomas del soplete, sin que ello tuviera nada que ver con el estado de la botella de gas suministrada tres meses antes a la entidad demandada. (STS de 18 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda se interpone por dos empresas perjudicadas por la explosión de una bombona de acetileno, y su compañía de seguros, contra la empresa suministradora de aquella y su aseguradora. La demanda se estima en su totalidad. El recurso de apelación se interpone exclusivamente por la compañía aseguradora, siendo estimada por la Audiencia Provincial, que absuelve además a la empresa suministradora aquietada con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El recurso de casación se interpone por las tres partes actoras, siendo desestimado (Pte.: Auger Liñán). (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: daños en vehículos por atropello de caballerías en autovía no vallada; responsabilidad del dueño y del Estado: solidaridad impropia.—La más reciente jurisprudencia establece una solidaridad impropia derivada de la responsabilidad extracontractual, basada en la necesidad de salvaguardar el interés social de estos supuestos cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad. Esta orientación se considera como la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones.

Evolución de la jurisprudencia.—Nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil, al menos en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios. Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, denuncian una evidente tendencia a favor de las víctimas, a costa de un innegable oscurecimiento del elemento *culpa* puro, o bien se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promo-

vida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume; o bien se identifica la diligencia, no con un cuidado normal, sino con una exquisita prevención de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento. Se ha consolidado la interpretación jurisprudencial de que no basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y adoptar los daños, pues si esas medidas no han ofrecido resultados positivos, porque de hecho estos daños se han producido, se revela su insuficiencia, y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

Autovía no vallada.—Se había previsto en el proyecto de la autovía un cerramiento de la misma, pero dichas vallas no se construyeron antes de funcionar aquélla, lo que comportó un riesgo; el accidente dañoso no hubiera sucedido de haberse llevado a cabo la totalidad de los trabajos accesorios antes de su entrada en funcionamiento; lo que justifica la responsabilidad del Estado. (STS de 12 de abril de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: lesiones por caída casual en restaurante: inaplicabilidad de la doctrina del riesgo.—La actora, con ocasión de un viaje de Palencia a Santiago de Compostela, se detuvo a comer en un restaurante de carretera, y al entrar sufrió una caída de la que se derivaron lesiones. Estos hechos excluyen absolutamente una acción u omisión culposa, puesto que el lugar en que ocurrió el hecho no era un terreno resbaladizo, ya que en aquel momento por el lugar transitaban unas quinientas personas que no sufrieron percance alguno. La teoría del riesgo como sustentadora de una exigencia de responsabilidad extracontractual, es aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas, y no lo es la actividad inocua y desprovista de peligrosidad alguna, como de entrar en una edificio público. (STS de 13 de marzo de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE: accidente mortal en paso a nivel no suficientemente cerrado: negligencia del conductor: concurrencia de culpas.—Se declara la conducta negligente del conductor del tren, ya que conocía perfectamente, a fuerza de pasar por allí con frecuencia, que el lugar donde ocurrió el accidente, ubicado en núcleo urbano, era costumbre arraigada su utilización como paso por la gente, lo que una elemental previsión, al margen de normas y reglamentos, le imponía necesariamente circular con la adecuada precaución, para poder frenar en cualquier evento, que se le presentase como posible y concurrente; y al no haber adoptado estas medidas que las circunstancias le imponían como elementales, y no eran sorprendidas, sino suficientemente sabidas, por resultar reiteradas y notorias, acusan una desatención en la conducción del convoy que necesariamente actúa como concausa determinante del lamentable y trágico suceso, máxime cuando las circunstancias del lugar permitían la maniobra de control, de haber mantenido una marcha atemperada a las adversidades que el tránsito por allí presentaba. En el mismo sentido, las SSTs de 24 de diciembre de 1992, 8 de mayo de 1995, 23 marzo y 14 de junio de 1996.

Motivación de las sentencias.—En el caso que nos ocupa el Tribunal de instancia ha emitido respuesta judicial, integrando motivación suficiente, conforme a la reiterada y conocida doctrina jurisprudencial y constitucional que se mueve en torno a principios asentados referentes a que no resulta exigible un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en cuanto a los diversos

aspectos que la cuestión litigiosa pueda presentar. No está necesariamente reñida la motivación con el laconismo, ni siquiera resulta preciso la cita rigurosa de modo expreso de los artículos aplicables al caso. El Tribunal de instancia tuvo en cuenta los artículos 1902 y 1903 CC, por lo que la decisión de la Audiencia Provincial respondió a su interpretación y aplicación, teniendo en cuenta la base fáctica, que no es otra que la actuación imputable al maquinista demandado que actuó como concausa eficiente en la producción del trágico suceso que costó la vida a las esposas y madres respectivas de los demandantes, al ser arrolladas por el tren-tranvía de RENFE. De esta manera concurre explicación suficiente y adecuada de la *ratio decidendi* que condujo a dictar la sentencia que se combate. Tampoco resulta desacertada la sentencia al hacer relato de las circunstancias concurrentes y del entorno físico y social, así como los usos y costumbres de los usuarios del paso a nivel, ya que lo proyecta a reforzar la decisión adoptada de darse concurrencia de culpas.

Incongruencia: poderes del Tribunal de apelación.—No se introdujo ningún hecho nuevo ni se instauró desvío de la *causa petendi*, sino que la Audiencia Provincial llevó a cabo un ejercicio correcto de las facultades jurisdiccionales propias, que le permitían no vincularse a los pronunciamientos de la sentencia apelada que resultaron incontestados. La segunda instancia actúa como una *revisio prioris instantiae* para atribuir plena competencia al órgano judicial correspondiente, que en este caso llevó a cabo apreciación de los hechos mediante su interpretación y valoración, para alcanzar la responsabilidad que atribuye a los recurrentes, admitiendo el dato conocido de que el fallecimiento de las dos mujeres tuvo lugar al ser arrolladas por el tren-tranvía, y de este modo se excluye la total culpa de las víctimas y se da entrada a la del conductor del convoy. (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—El lector que se fije exclusivamente en el párrafo que se inserta en el tercer FD y que se reproduce al final de esta nota, pensará que la sentencia no podía menos que condenar al organismo RENFE al abono de las elevadas sumas que ahora tienen por costumbre fijar los Tribunales españoles por la muerte accidental del cónyuge o del progenitor de las víctimas. La sorpresa aflora al comprobar que la condena es más bien simbólica, pues respecto de aquél la indemnización se fija en tres millones de pesetas y en cuanto al segundo se establece en un millón de pesetas a cada hijo. La sorpresa alcanza su cúlmén al comprobar que el esfuerzo argumental, tanto de Audiencia Provincial como del TS, estriba en magnificar la negligencia en que incurrió el conductor del tren (el JPI había desestimado pura y simplemente la demanda). La razón es clara: si no hay base legal para condenar a las Compañías ferroviarias por el mero hecho de mantener indebidamente abiertos los pasos a nivel en el centro de los núcleos urbanos, el único asidero para que los familiares de las víctimas perciban alguna indemnización es condenar al conductor (chivo expiatorio), pero —eso sí— a cantidades irrisorias. La sentencia trata el caso como un supuesto normal de aplicación de los artículos 1902 y 1903; con el riesgo de que, a mi juicio, en el FD 3.º, llegue a confundirse la actuación del conductor del tren-tranvía con la del conductor de cualquier vehículo a motor que transite por vías públicas.

Me pregunto ¿qué alcance jurídico tiene la siguiente declaración de la sentencia extractada, contenida en el FD 3.º ?:

Los pasos a nivel sobre todo los instalados en las poblaciones representan por sí un grave peligro, que configura un riesgo permanente y mantenido, por lo que resulta no sólo loable, sino imperiosa, la política seguida para su total supresión. En este sentido la doctrina de esta Sala censura el mantenimiento de este modo de practicar el paso por peatones de las vías férreas, ya que la realidad pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas reglamentarias sobre todo en los tiempos actuales pues el riesgo resulta impuesto y se sostiene de modo constante, con efectos trágicos en la mayoría de los casos. Las empresas ferroviarias han de asumir de forma decidida la supresión de los pasos a nivel y emplear los medios adecuados y eficientes para ello y, en todo caso, como dice la STS de 20 de julio de 1994, están obligados a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles en la procura de evitar accidentes, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, pues el riesgo en estos supuestos se presenta muy intenso y del todo previsible. Destaca, en primer término, la afirmación de que los pasos a nivel de las vías férreas, instalados en las poblaciones, representan por sí un grave peligro que configura un riesgo permanente y mantenido. Dedúcese que los accidentes mortales que ocurren en los mismos deben ser atribuido de modo inmediato, y sin vacilación, a la empresa que se lucra con tal situación. Sin duda las víctimas deben autoprotegerse de semejante riesgo, no atravesándolos; pero el uso social —o si se quiere, mal uso— que se hace de tales pasos, explica la frecuencia con que el hecho se produce y, en algún modo, reduce su responsabilidad. Hay, sin duda, concurrencia de culpas, pero con una participación porcentual muy superior a la de la empresa ferroviaria. Motivo de agravamiento de la negligencia de esta última tendría que ser el caso omiso que RENFE ha hecho de anteriores declaraciones del TS en supuestos similares a la presente. No parece que indemnizaciones mínimas estimularán con mayor eficacia la imperiosa política de supresión de tales pasos a nivel. (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: caída de andamio carente de medidas de seguridad: concurrencia de culpas.—Integra el riesgo —que en este caso es gran riesgo—, la contingencia, posibilidad y proximidad de un daño, al estar representado por un peligro potencial que no resulta desconocido, y si bien la víctima podía alcanzarlo o, al menos, intuirlo, no se trata de efectiva asunción plena y unilateral, sino más bien que quiso realizar su trabajo en las condiciones en que se le presentaba y ante esta situación no resultaba por completo ajena la empresa, la que, como dice la STS de 3 de septiembre de 1996, es la que crea el riesgo y por ello resulta titular del mismo, del que obtiene beneficio económico, con lo que resulta cooperadora del siniestro, pues el riesgo resultaba notorio y, en todo caso, imponía adoptar tales las medidas de precaución disponibles, incluso superando las reglamentarias, a fin de que el andamio resultase lo más seguro posible y la caída al vacío no pudiera producirse, lo que exigía la asistencia técnica, con-

trol y vigilancia a cargo de la empresa que omitió al tiempo del suceso y así lo pone de manifiesto el acta levantada por la Inspección de Trabajo, en la que se hace constar la falta de las adecuadas protecciones, al calificar como muy grave la infracción cometida; no ha de olvidarse que estas actas no dejan de ser instrumentos eficaces, en casos como el presente, que contribuyen a que el Juzgador obtenga su libre convicción para resolver la controversia procesal que ha de decidir (STS de 15 de junio de 2001).

Sentencias penales absolutorias.—Sólo vinculan a la jurisdicción civil cuando declaran la inexistencia del hecho del que la acción privada hubiera podido nacer, lo que aquí no sucede.

Integración del *factum*.—Según doctrina de esta Sala procede la integración del *factum* cuando se da insuficiente explicación, o la expuesta no es la adecuada, y se trata de hechos de influencia notoria en el fallo; en el presente caso la sentencia recurrida, después de constatar la falta de las debidas condiciones de seguridad, alega que al tratarse de oficial de primera, se delega por completo en él la función de prever y asumir el riesgo que suponía desarrollar un trabajo a considerable altura y en vuelo sobre la calle, y asimismo que la víctima contaba con puntales que le permitían la colocación de barandillas adicionales, y de las que había prescindido pese a su categoría en el oficio, y también que no había utilizado cinturón de seguridad, razones insuficientes que más bien ponen de manifiesto omisiones graves imputables a la empresa, por su falta de control y eficacia, que la hacen acreedora al reproche culpabilístico, aunque pueden tenerse en consideración para decretar concurrencia de culpas. (STS de 17 de abril de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Adviértase que en este recurso no se plantea la clásica cuestión de competencia jurisdiccional, y que la demanda invocaba lisa y llanamente la responsabilidad civil por culpa extracontractual de la empresa, aunque el argumento fundamental —corroborado por la Inspección del Trabajo— era el incumplimiento clamoroso por parte de la empresa, de las medidas de seguridad en el trabajo. Correcta la *ratio decidendi* de considerar a la empresa como creadora del riesgo, en el que se interfiere la propia culpa de la víctima, careciendo totalmente de fundamento la curiosa explicación que ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de que, al ser la víctima Oficial de primera, había asumido plenamente todo el riesgo de la caída del andamio. Modestas deben calificarse las sumas indemnizatorias: tres millones de pesetas para la viuda, y para los hijos una escala descendente que va desde tres millones hasta 1.250.000 pesetas; indemnizaciones, por lo demás, que serán abonadas diez años después de ocurrir el accidente. (G. G. C.)

60. Culpa extracontractual: daños por incendio: acción subrogatoria de la aseguradora: requisitos: culpa embebida en relación de causalidad: no hace falta demostrar la causa del incendio.—En materia de incendio, la doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba, normalmente imposible, de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal debe darse entre el incendio y el daño, y no respecto a la causa eficiente de aquél, ni mucho menos a la culpa. Así la STS de 22 de mayo de 1999 expresa: aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbi-

to empresarial de la empresa en donde se produjo el incendio, por lo que a ella, y no obviamente a la actora le hubiera correspondido la carga de la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro. En el mismo sentido la STS de 31 de enero de 2000 dice: el incendio ha ocurrido dentro del círculo de su actividad empresarial, sometido a su control y vigilancia, y ajeno por supuesto al dañado, y por ello debe responder; los actores han de probar que su chalet se ha incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, pero no lo que haya ocurrido en él para que se produzca. En el presente caso la sociedad demandada tuvo un incendio en su almacén, sin que se conozca la causa del mismo, cuyo incendio causó daños, cuya indemnización fue pagada por la entidad aseguradora actora, y cuya reclamación es objeto de este proceso, con legitimación prevista en el artículo 43 de la Ley del seguro, y cuyo fondo sustantivo contempla el artículo 1902 CC. Al desestimar la demanda la Audiencia Provincial por ignorarse la causa del incendio, la sentencia de instancia ha infringido la normativa aplicable y la jurisprudencia que lo interpreta, debiendo abonar la entidad demandada lo que fue pagado con intereses moratorios desde la interposición de la demanda, y los ejecutorios desde la de esta sentencia. (STS de 24 de enero de 2002; ha lugar.)

NOTA.—La condena excede de veinticuatro millones de pesetas, el Juzgado de Primera Instancia absuelve de la instancia, la Audiencia Provincial entra en el fondo, pero absuelve de la reclamación por falta de prueba de la causa productora del incendio. El TS en Ponencia de *O'Callaghan Muñoz* estima el recurso de la aseguradora. La doctrina es de aprobar pues, normalmente, desaparecen en el incendio toda clase de pruebas sobre la causa eficiente productora del mismo, lo que impide habitualmente reclamar con éxito las indemnizaciones correspondientes. Cabría imaginar un local especialmente acondicionado para impedir, o reducir, las consecuencias de la propagación del incendio, con pleno aislamiento del mismo, quedando estas cualidades plenamente demostradas en el proceso; en tal supuesto no cabría aplicar esta doctrina, de modo que el *onus probandi* de la causa efectiva del incendio recaería plenamente sobre el actor. (G. G. C.)

61. Falta de prueba del daño moral causado a quebrados rehabilitados.—La acción reparadora del artículo 1902 CC comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad, sino también al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales, pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como ocurre en el enjuiciado, no se dan por probados tales daños, la valoración probatoria había de combatirse adecuadamente (*vid.* STS de 19 de octubre de 1996).

«La acción encaminada al reconocimiento del derecho al resarcimiento del daño moral ha de constatarse en la instancia, circunstancia que no concurre en el caso» (*vid.* STS de 14 de diciembre de 1993 que resuelve el caso en sentido parecido a la sentencia anotada). (STS de 19 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.— Dos quebrados rehabilitados formularon demanda de mayor cuantía reclamando daños y perjuicios como consecuencia de la sentencia recaída en el incidente de oposición del procedimiento de quiebra. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda manteniendo la denegación indemnizatoria por falta de prueba. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y declara la existencia de una deuda en concepto de daño moral a favor de los actores de 10.000.000 de pesetas (5.000.000 de pesetas para cada uno de ellos).

NOTA.—La sentencia anotada forma parte de la línea jurisprudencial que entiende que el daño moral tiene que ser objeto de prueba. La STS de 31 de mayo de 2000 analiza la jurisprudencia, aparentemente contradictoria, relativa al daño moral y concluye que no lo es tanto si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere: «Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996), que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994) o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991), en tanto en otras resoluciones se exija la constatación probatoria (STS de 14 de diciembre de 1993) o no se admita la indemnización (compensación o reparación satisfactoria) por falta de prueba (STS de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SSTS de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las SSTS de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994.»

El profesor Díez Picazo sostiene una concepción estricta de daño moral entendiendo por tal: «el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carezca de justificación.» Respecto a la prueba, señala que no debe ser simplemente presumido por los tribunales, sino objeto de algún tipo de prueba («Derecho de Daños», Madrid, 1999, p. 328). (M. C. L. J.)

62. Culpa extracontractual: lesiones a menor de edad causadas por balonazo, con pérdida casi total de visión, causadas por otro menor en paseo público: responsabilidad de los padres y absolución del Ayuntamiento.—El juego con una pelota no es, de por sí, susceptible de generar un especial riesgo de ilícitos extracontractuales, pero tampoco es tan inocuo para que éstos no puedan surgir cuando se dan determinadas circunstancias que justifican la apreciación de culpa extracontractual; evidentemente el juego se desarrollaba en un paseo público, por tanto inidóneo, con independencia de que no hubiera un cartel o indicación prohibiéndolo; no se utilizaba una simple pelota sino un balón de cuero, además deshinchado; se practicaba por jóvenes de diecisiete años de edad en que el impulso desplegado puede ser importante, y se impacta con violencia en una menor de dieciséis años, sentada en un banco, ajena por tanto al juego, que se hallaba en un lugar en el que para nada debían incidir los efectos del mismo. En tales circunstancias resulta incuestionable que era previsible la posibilidad de dañar a terceros no inter-

vinientes, y fácilmente evitable de haberse ajustado la diligencia a las reglas de atención y cuidado exigibles. Nada consta que impida aplicar la responsabilidad de los padres, conforme al artículo 1903 CC y en atención a la presunción de culpa que establece el último párrafo de dicho precepto. Dado que la parte actora no recurrió la absolución del Ayuntamiento no procede pronunciarse sobre ello. (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina correcta (Pte.: Corbal Fernández) a la que sólo cabe alegar (bajo la óptica de la realidad social) que parece excesivo hacer responder a los padres por la conducta lúdica culposa de su hijo de diecisiete años; asimismo, y a efectos meramente doctrinales, la posible y eventual responsabilidad del Ayuntamiento —que no pudo discutirse en el proceso— por *culpa in vigilando*: en principio, la distinción entre un parque público y unas instalaciones deportivas resulta absolutamente clara; también parece evidente que el Ayuntamiento debe garantizar, en principio, la integridad personal de los usuarios del parque (dejando aparte que haya, o no, un cartel que prohíba jugar al balón, y que disponga de personal de vigilancia). (G. G. C.)

63. Culpa médica: responsabilidad del INSALUD por hepatitis debida a transfusiones: prescripción de la acción.—El actor ingresó en el centro La Paz del INSALUD, por razón de un accidente de tráfico, aplicándosele trece transfusiones de sangre, por efecto de las cuales se le produjo una hepatitis vírica post-transfusional, y año y medio después se le dictamina hepatitis crónica con posibilidad de degenerar en cirrosis. Para rechazar la prescripción hay que tener en cuenta que no se ha probado el *dies a quo* pues no consta la notificación del auto de archivo de las diligencias penales a la parte perjudicada, siendo reiterada la jurisprudencia de que si no se ha producido la notificación, no ha comenzado a correr la prescripción extintiva, ya que subsistiendo la acción civil derivada de delito por no haberla renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales, pues en otro caso afecta negativamente al derecho constitucional del perjudicado de acceder al proceso en el orden civil, y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño.

Nexo causal: presunciones.—La sentencia de instancia aplica correctamente la prueba de presunciones, pues es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones.

Culpabilidad ínsita en la relación de causalidad.—Al existir nexo causal entre las transfusiones y la enfermedad, deriva en este caso la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse ésta no se habría producido el daño (SSTS de 21 de enero y 9 de octubre de 2000, y 24 de enero de 2002).

Moderación del *quantum indemnizatorio*.—La posible moderación de la cuantía de la indemnización es tema exclusivo del Tribunal de instancia, estando vedado su acceso casacional, al tratarse de una auténtica facultad dis-

crecional del juzgador de instancia, según reiterada jurisprudencia. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aceptar, de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz. Un caso análogo es el contemplado en STS de 10 de noviembre de 1999, estimatoria del recurso, que condenó al INSALUD a una indemnización de veinte millones de pesetas, con resultado de muerte después de contagio de hepatitis C y sida a consecuencia de transfusión. (G. G. C.)

64. Responsabilidad médica: la obligación del anestesista es de medios: ausencia de responsabilidad por secuelas de la intervención.—La jurisprudencia de esta Sala (así STS de 4 de junio de 2001) declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna sentencia aislada que invierte en su contra la carga de la prueba, resulta siempre exigible como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia. La administración de anestesia general comporta de por sí un riesgo para la vida y la integridad física del paciente, riesgo no obstante necesario para la práctica de un amplísimo abanico de intervenciones quirúrgicas; al médico anestesista no puede exigírsele que durante la intervención no surja complicación alguna, sino que lo exigible es que reaccione de la forma más adecuada para solventarla o paliar sus efectos según la técnica y conocimientos propios de su especialidad, todo ello, previa comprobación del material e instrumental a utilizar y previa conexión de los sistemas de monitorización y detección puestos a su disposición por el centro, de acuerdo con el estado de la técnica y las normas que rijan el equipamiento preciso en quirófano. En el presente caso el anestesista no pudo apercibirse de la impermeabilidad de la sonda causada por la herniación del balón hasta que fue avisado por los cirujanos; que la obstrucción no fue brusca ni importante y podía pasar desapercibida; que por la índole de la intervención quirúrgica —corrección de tabique nasal— el anestesista no podía ver la cabeza del paciente; que la sonda había funcionado correctamente durante setenta minutos, siendo por tanto inadvertible cualquier posible defecto al comienzo de la intervención; y que una vez avisado por los cirujanos el médico anestesista reaccionó de inmediato ejecutando la operación correcta en función de la complicación surgida, lo que determinó que las secuelas de la falta de oxígeno momentánea fueran de alcance mínimo. La conclusión es que, tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión. (STS de 4 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Las demandas basadas en la presunta actuación culposa del médico anestesista son relativamente frecuentes. La STS de 13 de abril de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, p. 482 s.) contempló un caso en que se condenó al anestesista por incumplimiento del deber de información (en la anotación se indica jurisprudencia anterior). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Requisito y finalidad de la tercería de dominio.—La acción de tercería de dominio exige, como requisito *sine qua non*, que el tercerista sea propietario indubitado del objeto que ha sido embargado. La finalidad principal es la de liberar el objeto que ha sido embargado injustificadamente trabado, es decir, el levantamiento del embargo basándose en la propiedad del tercerista. Según la STS de 10 de octubre de 1996, la acción de la tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercerista para demostrar su propiedad sobre el bien embargado.

Transmisión de la propiedad: teoría del título y el modo.—El sistema del título y el modo es el que se recoge en los artículos 609 y 1095 CC, inspirado en el sistema romano. De ahí que para la transmisión de la propiedad sea necesario no sólo la perfección del contrato sino que ha de seguirse de la tradición.

Eficacia y consecuencia jurídica del contrato de compraventa perfeccionado, sin tradición.—La perfección del contrato de compraventa da lugar a la posibilidad de ejercitar acciones personales. Se adquiere una expectativa de vivienda en los casos de contratos de compraventa en documento privado sobre planos. Sin la tradición no es posible ejercitar con éxito la acción de tercería de dominio, ya que no se da nacimiento a acción real alguna (STS de 4 de enero de 1991). Tal adquisición de vivienda «sobre plano» únicamente constituye un título, aunque nunca un modo de adquirir. (STS de 14 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes L. T. G. y A. O. L. suscribieron y adquirieron de una promotora, mediante el sistema «a través de planos», y a través de documento privado, un piso, cuya adquisición inscribieron en la Consejería de la Vivienda. Posteriormente, el señor L. D. R., acreedor de dicha promotora, embargó el piso en cuestión que estaba a nombre de la misma. Por ello, formularon demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando se declarase las viviendas descritas como de exclusiva propiedad de ambos demandantes, condenando a los demandados a pasar por dicha declaración, y solicitando la cancelación de la anotación preventiva de embargo que pesaba sobre los inmuebles. Se dictó sentencia por la que se desestimó la tercería de dominio, sin que procediese alzar el embargo trabado. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó el recurso, revocando la de la primera instancia. Se presentó recurso de casación con base en la interpretación errónea de los artículos 609 y 1462 CC. El TS declara haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS en esta resolución parece continuar la línea mantenida en cuanto que si el contrato de compraventa se ha realizado en documento privado y no se produce la tradición por cualquiera de las formas espiritualizadas admitidas en el Código civil, el comprador no se encuentra legitimado para levantar el embargo que pesa sobre el objeto por parte de los acreedores del vendedor (SSTS de 8 de mayo de 1986, 8 de febrero de 1988, 26 de mayo y 28 de noviembre de 1989, 26 de noviembre de 1991, 9 de marzo de 1994, 18 de

febrero de 1995, 27 de junio y 18 de septiembre de 1996, 25 de noviembre de 1997, 18 de mayo de 1998). La reciente sentencia de 4 de febrero de 2002, aun afirmando la carencia de autenticidad del documento privado, establece la falta de prueba para acreditar una existencia real de posesión que significase la tradición y, por tanto, probase la propiedad del tercerista. Aunque existen algunas Sentencias del TS, siendo minoritarias, que se apartan de la postura establecida en la resolución anotada, como la STS de 2 de febrero de 1994, que no exige la tradición para que la tercería prospere, debido a que la misma únicamente requiere que se demuestre, no la propiedad del tercerista, sino que posee un derecho que le posibilita a instar el alzamiento del embargo.

En el caso concreto de adquisiciones de viviendas en construcción, o como la sentencia anotada denomina «sistema de planos» o «a través de planos», el TS se ha planteado en numerosas sentencias si es posible la adquisición del dominio aun cuando la vivienda se haya en fase de construcción. No se halla unanimidad en la postura mantenida, y por un lado se sostiene que no es posible la transmisión del dominio hasta que finalicen las obras (STS de 18 de septiembre de 1996) y, por otro, que cabe la posibilidad de realizar actos posesorios concluyentes que demuestren la tradición (STS de 2 de febrero y 10 de mayo de 1994), sin que exista problema alguno cuando ya se haya constituido en régimen de propiedad horizontal (STS de 14 de noviembre de 1997). En la sentencia anotada no se plantean tales cuestiones, ya que el contrato se celebra mediante documento privado, sin que sea medio admitido por el Código para realizar la tradición. (P. S. S.)

66. Naturaleza y finalidad de la tercería de dominio.—La jurisprudencia del TS ha experimentado una evolución vacilante, que va desde una primitiva posición de equiparación absoluta a la acción reivindicatoria (SSTS de 11 de abril de 1972, 26 de abril de 1978 y 26 de marzo de 1984), pasando después por una postura intermedia, en la que a modo de *obiter dicta* se indica la simple analogía, sin posibilidad de identificación, entre ambas acciones (SSTS de 8 de febrero de 1988 y 13 de abril de 1989) hasta llegar a la concepción más reciente, en la que el objeto de la acción de tercería de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados por no ser propiedad del deudor apremiado (entre otras, SSTS de 25 de octubre de 1988, 1 de febrero de 1990 y 22 de julio de 1996).

Existencia de un contrato: cuestión de mero hecho.—La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento son cuestiones de mero hecho y, como tal, su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado.

Comparecencia inicial del juicio declarativo de menor cuantía: rectificaciones.—Tiene declarado el TS (entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1992, 7 de octubre y 31 de diciembre de 1993, 28 de enero de 1995 y 3 de abril de 2001) que el alcance de la rectificación no se extiende más allá de las pun-

tualizaciones o concreciones que sean necesarias o convenientes sobre aspectos secundarios de la petición principal o desenvolvimientos que expliciten cuestiones implícitas en la misma, doctrina que sintetiza una constante jurisprudencia prohibitiva de la *mutatio libelli*.

Sentencia decisoria de la apelación.—Es característica esencial de la apelación la ausencia de restricciones a su fundamentación y resolución: en ésta pueden evidenciarse los vicios formales en que haya incurrido la resolución dictada en primera instancia, al igual que los eventualmente cometidos a propósito del análisis de fondo de la cuestión litigiosa, en aplicación de la ley material del asunto controvertido. El órgano *ad quem* no enjuicia únicamente sobre la legalidad de la resolución apelada, sino que extiende también su condición a la relación jurídico-material controvertida. Con relación al objeto debatido en la primera instancia, dicho órgano se encuentra en igual condición que el juez *a quo*, pudiendo llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada, con independencia del acierto de esta última. (STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. R. V. formuló demanda de tercera de dominio contra la *Unidad de Recaudación Tributaria* del Ministerio de Economía y Hacienda, Delegación de Ciudad Real, y contra don J. A. J. G., que se allanó a la demanda. El demandante solicitaba que, con suspensión del procedimiento de apremio dirigido contra el segundo demandado, se declarara que la finca objeto de embargo en el expediente como propiedad de éste era de exclusiva propiedad del demandante, ordenando, en consecuencia, que se levantase el embargo de la misma.

En la contestación a la demanda se alegó falta de legitimación pasiva, pues la demanda de tercera de dominio tenía que haber sido dirigida y soportada por la *Agencia Estatal de la Administración Tributaria*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva expuesta, condenando al actor al abono de las costas causadas. Interpuesto recurso de apelación por éste, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la demanda formulada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

67. La indivisibilidad de la cosa común es asimilable al supuesto de importantes dificultades resultantes de la división.—Este Tribunal confirma esa tesis que, además, refleja los distintos criterios para apreciar o no la divisibilidad de un bien comunitario, tanto se considere la posibilidad de la partición material del mismo, su disminución considerable de valor, el número de partícipes para su uso posterior, tras esa división y la necesidad de obras adecuadas a la partición, todo lo que se manifiesta en su FJ 2.º al discrepar del contenido adverso del informe pericial tenido en cuenta por la primera sentencia, pues, claro es, puede o no compartirse por la Sala de apelación, como ha ocurrido en autos en un tema como el debatido en el que se trata de un proindiviso sobre vivienda o inmueble para su habitabilidad por los dos comuneros, en la que uno, el actor, es titular de 5/6 partes, y el otro, el recurrente, de 1/6, con las correspondientes vicisitudes del uso posterior independiente de ese habitáculo, con fijación de elementos privativos y comunes que

sean del caso, amén del costo excesivo de las reformas precisas para su división material que, en caso alguno, proceden imponerse a quien como la actora ejercita un derecho divisorio legalmente establecido para poner término al proindiviso existente. (STS de 16 de febrero de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—La actora demandó a su hermana en acción de división de una finca común, pidiendo la venta de la cosa en pública subasta, ante la falta de acuerdo para adjudicarla a una de las copropietarias con obligación de indemnizar a la otra. A pesar de que la demandante ostentaba las cinco sextas partes y la demandada únicamente un sexto, se emitió un informe pericial que presentaba una propuesta de división, lo que llevó al Juez de Primera Instancia a desestimar la demanda. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, estimando la demanda. Recurrida la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

68. Jurisprudencia acerca de la regla general de anulabilidad de los acuerdos de la Comunidad de propietarios.—La jurisprudencia de esta Sala posterior a las sentencias que se citan en el recurso, pero en cualquier caso referida al texto de la LPH anterior a su reforma por la Ley 8/99, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen «infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva Comunidad... quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código Civil» (STS de 7 de junio de 1997 en recurso 1602/1993, y en el mismo sentido SSTs de 10 de marzo de 1997 en recurso 1183/1993 y 9 de diciembre de 1997 en recurso 3105/1993).

Validez de los acuerdos impugnados por haber sido ratificados por juntas de propietarios posteriores.—Mal puede reprocharse a la sentencia recurrida la infracción denunciada en el recurso, pues aparte de sustentarse el único motivo de este en una línea jurisprudencial ya superada, si por algo destaca dicha sentencia es por su buen sentido y su interpretación de las normas adecuada a la realidad del conflicto planteado, lejos de la rigidez formalista que determinó el fallo de primera instancia y que preside todo el alegato del recurso. Como quiera, por tanto, que en éste no se discute que la voluntad colectiva plasmada en el acuerdo impugnado fue ratificada por dos veces durante el año siguiente mediante sendas juntas debidamente convocadas y celebradas, en las que se manifestó una «voluntad transparente, amplia y claramente mayoritaria de los copropietarios», la conclusión no puede ser otra que la artificiosidad del conflicto traído ante esta Sala mediante un recurso de casación que sólo puede entenderse a partir de empeños personales de lograr parcelas de poder en la comunidad más que por verdadera necesidad de tutela judicial. (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Un grupo de propietarios demandó a otro grupo en demanda de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de

propietarios de un local destinado a garaje, procedimiento al que se acumuló otro que se dirigió contra uno de los demandantes del primer proceso. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los acuerdos impugnados, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, desestimó la demanda y estimó la demanda acumulada, condenando al demandado a que entregase a la nueva junta la documentación que obrase en su poder, incluido el libro de actas, así como el estado de cuentas y liquidación hasta el momento en que todo ello se verifique. Recurrída la sentencia ante el TS, este desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

69. Costas y zona marítimo-terrestre. Otorgamiento de concesiones. Jurisdicción.—El exceso de jurisdicción tiene lugar por carencia de competencia jurisdiccional en un determinado asunto, que corresponde conocer a jurisdicción distinta de la ordinaria. Si bien el otorgamiento de concesiones constituye atribución estatal (art. 64 de la vigente Ley de costas), cuando el pleito no tuvo por objeto tal cuestión, sino la titularidad dominical de los enclaves que reclaman los demandantes, es cuestión a resolver por la jurisdicción civil.

Cuando la sentencia reconoce el derecho de propiedad a favor del Estado y se limita a consignar algo que con carácter general proclama la Ley, y que no es otra cosa que la obligación de indemnizar las concesiones administrativas a favor del demandado, pero sin concretar éstos en modo alguno, porque tal determinación viene atribuida a la Administración y jurisdicción contencioso-administrativa y por expresarse así genéricamente, no se comete infracción procesal.

Costas y zona marítimo-terrestre. Deslinde. Jurisdicción.—No se invaden competencias de la Administración, ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la jurisdicción civil se limita a declarar la propiedad del Estado, pero no determina sobre tal superficie marítimo-terrestre sus concretos y precisos límites, y la posibilidad de producirse confusión de linderos con otros bienes de dominio privado.

El deslinde, tanto en la vigente normativa como en la anterior, supone un acto o actividad de señalamiento de bienes de dominio público en atención a las características físicas que determina la Ley. La declaración de la titularidad del bien corresponde a la jurisdicción ordinaria, pero una vez declarada, precisa ser delimitada *in situ* para evitar su indeterminación. Hay que negar por ello la pretendida invasión de competencias administrativas y constando que la referida zona marítimo-terrestre no aparecía deslindada, siempre hay que hacerse para evitar invasiones colindantes.

Indemnización parcial y concesiones administrativas.—Señaló la STC 149/1991, que la operación de deslinde puede dar lugar a una privación de derechos, bien por incorporación al dominio público de terrenos que según la legislación precedente eran de dominio privado o en que existan títulos registrales amparados por el artículo 34 de la LH.

La privación de derechos debe indemnizarse y nuestro TC ha autorizado la concesión como medio indemnizatorio.

Dentro del orden contencioso-administrativo tiene el titular registral derecho a indemnización mediante concesiones y tal derecho puede renunciarse y entonces el *quantum* indemnizatorio se realiza en ejecución de sentencia sin valorar la concesión.

Derechos del particular que compra del Estado e inscribe en el Registro de la Propiedad.—El artículo 132.2 CE, al señalar que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental», no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por particulares. La derogación *ad futurum* que el precepto constitucional implica en su apartado 1 («La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»), así como la regulación por Ley del Patrimonio del Estado y del Patrimonio nacional, en cuanto a su administración, defensa y conservación (art. 132.3), no significa que en caso que el Estado enajene legítimamente tales bienes a adquirentes de buena fe, vayan a ser expropiados sin la correspondiente indemnización, porque ello conculcaría el artículo 33.3 C. La doctrina del principal intérprete del Texto Fundamental, el TC, tiene declarado al respecto que «la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3 cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes –111/1983, de 2 de diciembre– y asimismo reconoce un concepto amplio respecto al posible objeto de expropiación –108/1986, de 29 de julio–».

Como los derechos de los particulares han de mantenerse, la única manera de que sean reconocidos es la de condicionar su eficacia a la práctica del deslinde.

El TC no ha prescindido de la protección a las titularidades privadas y declaró que la Constitución no altera los derechos adquiridos, ni las situaciones consolidadas –SS de 4 de junio de 1991 y de Sala Plenaria de 4 de julio de 1991– pues otra cosa conduciría a convertir en letra muerta el artículo 33.2 CE. Por ello, sólo será posible preservar los derechos preexistentes, si se condiciona, no obstante declarar la titularidad estatal, al deslinde administrativo. (STS de 22 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado promovió demanda sobre declaración de propiedad a favor del Estado, contra la entidad *R. I., S.A.*, solicitando que, en consecuencia, se declare que determinadas fincas son propiedad del Estado y le pertenecen en concepto de bienes de dominio público marítimo-terrestre, y se declaren nulas y cancelen las inscripciones registrales que contradigan dicho dominio.

La entidad demandada formuló reconvencción, solicitando se desestimase la demanda, fundamentalmente, «por tratarse los terrenos a que se refiere la demanda, alternativamente: a) bien de laguna privada, conforme a la DA 1.^a de la Ley de Aguas; b) bien de lagunas *vivas* sometidas al Régimen General del Derecho de Propiedad; c) bien de terrenos marismesños que por no reunir las características previstas en la Ley 22/1988 no han de incluirse en el género de los bienes demaniales; d) bien de terreno bajo y pantanoso, salinero, tampoco afectado por la Ley 22/1988 ... Subsidiariamente, por no tratarse del mar territorial, ni siquiera de aguas interiores, como se afirma en el Fundamento Principal de la demanda; ... porque los terrenos demandados, por ser de aquéllos de los demanializados por

vez primera en el artículo 4.3 de la Ley 22/1988, preservarían su condición de apropiables, ...

Si fueren rechazadas las anteriores razones, estimándose la demanda, se suplica que, aun por vía de excepción, sea reconocida a *RI, S.A.* el derecho de resarcimiento del valor de la cosa, ... cuya cuantificación habrá de realizarse en el trámite de ejecución de sentencia».

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando las fincas en litigio propiedad del Estado, en concepto de bienes de dominio público marítimo-terrestre, y declarando la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales que contradigan las anteriores declaraciones, previo cumplimiento de condición suspensiva de que se proceda al deslinde administrativo de dicha zona marítimo-terrestre.

E, igualmente, estimó en parte la reconvencción interpuesta por el demandado contra el Estado, declarando una indemnización a favor de la entidad demandada, consistente en, bien concesiones administrativas y la diferencia de valor entre el precio de las concesiones y el precio total del inmueble pendiente de deslindar, o el precio total de valoración de dicho inmueble, dejando la opción al Estado.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación, respectivamente interpuestos por demandante y demandado, relativos a demanda principal, y estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia, relativos a la demanda reconvenccional, revocándolos parcialmente en cuanto al procedimiento de determinación de la indemnización a abonar por el Estado, que deberá llevarse a cabo a través del procedimiento establecido en los artículos 928 y ss. LEC.

Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, basado, primero, en exceso de jurisdicción, por entender que la cuestión está reservada exclusivamente a los órganos del orden contencioso-administrativo; segundo, incluir pronunciamientos no solicitados como «indemnización parcial» y «deslinde de la zona marítimo-terrestre», y la infracción de la Constitución Española y Ley Orgánica del poder judicial, Ley de costas y Código civil., el TS declaró no haber lugar a la casación. (*R. D. R.*)

70. Ejecución hipotecaria separada posterior a la declaración del deudor hipotecario en situación de concurso voluntario de acreedores.—Existen dos procedimientos para hacer efectiva la hipoteca de forma que el acreedor hipotecario consiga la satisfacción de un interés en caso de impago del crédito garantizado: el judicial sumario y el extrajudicial sumario. En la sentencia objeto de estudio se ejercita el primer procedimiento que se encuentra detallado en los artículos 131 a 133 LH. En este procedimiento no existe prácticamente posibilidad de contradicción por el ejecutado. El artículo 132 LH señala taxativamente los casos en que puede suspenderse el procedimiento, y en su primer párrafo dispone que no se suspenderá «ni por declaración de quiebra o concurso ...». El TS entiende que este artículo no se refiere

en exclusiva a los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso, sino también a los que se inicien después del mismo. (FD 2.º).

El acreedor con hipoteca inmobiliaria goza de un derecho de separación absoluta, sin que este derecho signifique que se trate de excluir de la masa activa determinados bienes porque se considere que no pertenecen a ella, sino de que determinados acreedores puedan hacer efectivos sus créditos sobre bienes que en principio pertenecen a la masa, pero que pueden ser separados de ella para la satisfacción de sus créditos; ésta es la razón por la que se permite la ejecución separada únicamente cuando se actúa respecto de los bienes expresa y taxativamente hipotecados (FD 2.º).

«El sumario especial del artículo 131 de la LH, es un procedimiento abreviado, sencillo y económico de ejecución, que simplifica el ejecutivo ordinario, suprimiendo la fase declarativa y conservando la vía de apremio, para evitar todo lo que se oponga a que, de modo expedito, se haga efectiva la hipoteca inscrita, con todas las seguridades que esto proporciona. (S de 16 de octubre de 1961, que refleja la unánime doctrina.)» (Vid. STS de 11 de octubre de 1985).

«Queda excluido y, por tanto, no es acumulable a la quiebra, el juicio ejecutivo singular contra el quebrado, donde sólo se persigan los bienes hipotecados de éste (basándose en los arts. 1379, 1173.3 y 166 de la Ley de enjuiciamiento civil redacción anterior a la Ley 1/2000)». (Vid. FD 1.º de la STS de 4 de diciembre de 1997). (STS de 12 de diciembre de 2001; no ha lugar).

HECHOS.—El deudor hipotecario J. C. V. había sido declarado en concurso de acreedores. Posteriormente, la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* ejerció acción hipotecaria por el trámite del artículo 131 LH. Ante esta situación, el depositario-administrador del concurso presentó demanda solicitando la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH ya que sostenía que sólo cabía la posibilidad de ejecución separada con anterioridad a la declaración de concurso, pero no con posterioridad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

NOTA.—La sentencia anotada, referida al concurso de acreedores, mantiene la reiterada doctrina del TS que sostiene que no procede acumular a un proceso de quiebra los juicios ejecutivos en que sólo se persiguen bienes hipotecados (Vid. SSTS de 10 de marzo de 1986 y SSTS de 4 de diciembre de 1997, entre otras).

La STS de 13 de julio de 2001 resuelve un caso similar al de la sentencia anotada, la demanda de la parte recurrente se sustentaba igualmente en la tesis de que «una vez declarado el deudor en estado de concurso, pasando los bienes a la titularidad de los acreedores, no puede iniciarse ni seguirse válidamente el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH». Citando a un reconocido autor, la parte recurrente sostenía que la prohibición de suspensión contenida en el artículo 132 de la misma Ley se refiere al procedimiento de ejecución hipotecaria que se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso, pero no a la emprendida posteriormente, en cuyo caso la reclamación hipotecaria sería absorbida por el concurso, dentro del cual se produciría la realización del bien hipoteca-

do, si bien conservando el derecho real de hipoteca, su prelación para el cobro del crédito respectivo.

Sin embargo, el TS en esta sentencia matiza que «en la última edición del propio tratado, que citaba la parte recurrente, se acaba reconociendo que dicha tesis, efectivamente mantenida en su día, no se sigue hoy por ninguno de los especialistas en la materia, siendo prácticamente unánime en la doctrina científica el criterio de que, aun cuando se hubiera producido ya la declaración de concurso del deudor, el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria puede iniciarse con igual independencia o separación que el previo a la declaración de concurso» (FD 2.º). (M. C. L. J.)

71. Práctica de la prueba de condición de propietario que corresponde a los terceristas.—Es necesario demostrar que en el momento del embargo le asiste la cualidad de propietario como requisito ineludible para obtener la liberación de los bienes trabados (SSTS de 1 de abril de 1993, 26 de septiembre de 1991, y 11 de abril de 1988), y que se cumple el sistema de transmisión, establecido en nuestro Código, de título más modo en el documento privado de compraventa.

Artículo 1462 CC. Entrega de la cosa vendida.—El contrato privado que estipula la entrega de llaves para un momento posterior no equivale a entrega de la cosa vendida.

Anotación preventiva de embargo. Validez y eficacia.—El embargo existe jurídicamente desde el momento de su declaración judicial y sin necesidad de anotación en el Registro. No posee valor constitutivo, ni condiciona la existencia de la carga (SSTS de 4 de abril de 1980, 24 de noviembre de 1986, y 26 de julio de 1994). La omisión de la anotación preventiva de embargo no implica la imposibilidad de ejercitar el mismo mediante la realización forzosa sobre la finca en cuestión. Surte plenos efectos frente a la adquisición posterior a la traba.

Aplicación del artículo 34 LH respecto a la anotación preventiva de embargo.—Deviene imposible la aplicación del artículo 34 LH sobre los terceristas que inscriben su derecho y existe anotación preventiva de embargo, ya que no concurre en ellos la buena fe exigida en el precepto. (STS de 18 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso una demanda de tercería de dominio por doña M. L. C. y don M. P. L. contra don A. I. H. y *Sangolo, S. L.* interesando el alzamiento del embargo practicado a instancia del señor A. I. H. en el juicio ejecutivo que había iniciado contra *Sangolo S. L.* sobre determinada finca registral que se le atribuía a la sociedad ejecutada, alegando que había sido adquirida con anterioridad a la traba por los terceristas, mediante contrato privado de 4 de junio de 1990 con el señor V. C. (anterior al embargo de 26 de mayo de 1992) y con posterior escritura pública de fecha de 2 de junio de 1992 (cuando sobre el bien ya existía la carga). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Recurrída en casación, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—La presente sentencia continúa con la línea mostrada por el TS en cuanto que el acceso al Registro del embargo de inmuebles no tiene naturaleza constitutiva. El nacimiento del embargo se produce desde el momento de la decisión judicial adoptada, con independencia de la anotación. Por ello, la práctica del asiento registral no constituye un modo de adquirir título que justifique el dominio (SSTS de 31 de octubre de 1989, 18 de abril y 22 de septiembre de 2001). La STS de 18 de abril de 2001 establece que la omisión de la anotación no impediría la realización forzosa de la finca trabada, «la cual surtirá plenos efectos con relación al posterior dueño, cuya adquisición no sea cronológicamente anterior a la práctica de la diligencia». Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, ed. Tecnos) señala el efecto negativo de la anotación preventiva en la enervación de la fe pública registral, sin llegar a producir el efecto positivo. De ahí, que sea imposible la aplicación del artículo 34 LH a los terceristas en casos en los que exista anotación preventiva de embargo anterior a su inscripción. (P. S. S.)

72. Anotación preventiva de embargo. Rango preferente.—Cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados (SS de 30 de diciembre de 1993, 10 de mayo, 13 de junio y 25 de noviembre de 1994, 24 de febrero de 1995, 13 de julio de 1996, 19 de febrero, 19 de abril y 4 de diciembre de 2000, entre las más recientes, que recogen doctrina consolidada anterior).

Anotación preventiva de embargo. Prioridad registral y terceros hipotecarios.—El embargo asegura el buen fin de la ejecución en curso mediante la afección *erga omnes* del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, la anotación preventiva garantiza el gravamen real sobre la finca registral otorgando rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con posterioridad a la fecha del asiento de presentación, con lo que evita la operatividad del artículo 34 LH en favor de un tercer adquirente, y la subasta supone una oferta en «venta» (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio (entre otras, SS de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999). Como consecuencia, dicha adquisición debe prevalecer, en virtud del principio de prioridad, sobre la producida en un juicio sumario hipotecario seguido con base en una hipoteca de fecha posterior a la de la anotación preventiva. Por consiguiente, no puede prosperar la invocación de la condición de tercero hipotecario en estas circunstancias (arts. 69 y 71 LH, y SS, entre otras, de 25 de noviembre de 1994, 13 de julio de 1996 y 19 febrero 2000).

Escritura pública. Efectos de nulidad radical.—Una cosa es que la nulidad radical de un acto o negocio, salvo disposición legal en otro sentido, no sea sanable o subsanable, y otra distinta que no se pueda repetir con plena validez evitando los vicios que determinaron la nulidad del anterior. Obviamente, subsanar (evitar) las deficiencias de la escritura anterior, es diferente de subsanar la escritura pública anterior.

Doble venta: mejor derecho, venta forzosa judicial y tradición instrumental.—No puede invocar un mejor derecho en el caso de doble venta

(art. 1473 CC), el comprador posterior que conocía al tiempo del contrato la existencia de la venta anterior, porque falta la buena fe (entre otras, SS de 17 de diciembre de 1984, 21 y 2 de noviembre y 5 de diciembre de 1996 y 29 de julio de 1999).

La perfección en las «ventas» judiciales forzosas tiene lugar por la aprobación del remate, operando la escritura pública como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio (SS de 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999, entre otras).

El mejor derecho deriva, en estos casos, de la prioridad que dimana de la anotación preventiva de embargo (arts. 17, 69 y 71 LH), pues de conformidad con la doctrina jurisprudencial, los adquirentes del dominio de una finca quedan sometidos –afectados– a lo que resulte del apremio correspondiente a un embargo cuya anotación preventiva accedió al Registro de la Propiedad con anterioridad a la adquisición de dicho dominio, o a la carga cuya realización dio causa a esta adquisición. Por consiguiente, todas las prioridades que puedan alegarse, como adquisición del dominio por ser anterior a la fecha de la consumación de la enajenación forzosa, toma de posesión a título de dueño, y de inscripción registral, ceden ante la prevalente prioridad registral derivada de la repetida anotación preventiva.

La tradición instrumental representada por la escritura pública (art. 1462. II CC) tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca (SS, entre otras, de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 29 mayo y 9 de octubre de 1997 y 14 de diciembre de 1998), de tal manera que la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública (S de 22 diciembre de 2000), y sin que por lo demás quepa olvidar la existencia de la inscripción registral como refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* (S de 18 de mayo de 1994). (STS de 4 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–El actor, *OLL., S. A.*, ejercita acción declarativa de dominio contra D. R. G. L. y la entidad *M. G. C., S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de compraventa otorgada a favor de D. R. G. L. y de los asientos registrales derivados de dicha escritura, así como la declaración de propiedad a su favor de la finca objeto de la demanda. Invoca, como título, una adjudicación realizada mediante cesión de remate en juicio sumario hipotecario, celebrado en septiembre de 1987.

El demandado formuló reconvencción, reivindicando la propiedad de dicha finca y solicitando, en consecuencia, la declaración de su derecho de propiedad, la restitución de la posesión y la nulidad del título de adquisición de la entidad demandante. Alegó, como título, una adjudicación obtenida en procedimiento de apremio, en el que, previa anotación preventiva de embargo que accede al Registro de la Propiedad en mayo de 1986, se otorgó a su favor escritura pública, fechada en octubre de 1988, e inscrita en el Registro en octubre de 1991, produciéndose la cancelación de la inscripción registral existente a favor de la entidad actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó en parte la demanda reconvenccional del demandado, declarando el legítimo título del actor reconvenccional a la propiedad y posesión de

la finca de autos.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, desestimando la apelación.

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

DERECHO DE FAMILIA

73. Gananciales: bien privativo arrendado por la esposa después de casarse: mal estado de la instalación eléctrica: incendio en el piso arrendado con resultado de tres muertos. Irresponsabilidad del marido.—Es acto de administración ordinaria el arrendamiento de vivienda, propiedad privativa de la esposa, aunque las rentas son gananciales; asimismo los bienes comunes deberán pechar con las expensas o gastos que se deriven de tales bienes, en atención al principio de «comunidad en las cargas». Ahora bien, la causa del siniestro proviene de que la esposa arrendadora incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso, según el artículo 1544 CC, por lo cual no cabe repercutir en la sociedad de gananciales las consecuencias de aquel ilícito civil.

Obligaciones del arrendador: reparaciones necesarias.—La obligación del arrendador sólo surge cuando él mismo tiene conocimiento de la necesaria reparación, a tenor del artículo 1559, párrafo 2.º CC, por lo cual, incumplida esa obligación de notificar al arrendador la necesidad de la reparación, decae la responsabilidad del artículo 1554 núm. 2.º CC.

Responsabilidad por actos ilícitos del cónyuge actuante.—En sede de obligación extracontractual la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave (art. 1366 CC); en estos casos de culpabilidad manifiesta del cónyuge —dolo o culpa grave— que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal —delito o falta—, o civil con esa culpabilidad —cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 CC—, las consecuencias patrimoniales por esa conducta, o la responsabilidad civil derivada, serán de cargo exclusivo del cónyuge actuante. (STS de 14 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia había dictado una condena, casi simbólica, por fallecimiento de un anciano inválido de sesenta y siete años y dos menores de seis y tres años que se encontraban en el interior de la vivienda arrendada, al producirse un incendio en el dormitorio, cuya combustión produjo gases altamente tóxicos. La vivienda tenía sus accesos completamente cerrados, e incluso la puerta de la terraza tenía un candado puesto por dentro. La póliza de suministro eléctrico era de 1979; según dictamen pericial, la instalación eléctrica tenía bastantes deficiencias, careciendo de protección contra cortocircuitos. La vivienda con una antigüedad de más de cincuenta años se hallaba alquilada desde 1989, por una renta mensual de 23.000 pesetas y el siniestro ocurre el 31 de agosto de 1992. La cédula de habitabilidad se había expedido pocos meses antes. La demanda se interpuso contra la arrendadora y su

esposa, la Junta de Castilla y León, Iberdrola y el Ayuntamiento de la ciudad, y se reclamaban ciento diez millones de pesetas de indemnización. El único tema que ha llegado a casación es el de la responsabilidad de los bienes gananciales por causa del siniestro, que se había declarado en ambas instancias, con absolución de los demás demandados. Pero al estimar el recurso de casación (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez), se absuelve al marido en base a la doctrina extractada.

NOTA.—No resulta convincente la *ratio decidendi* del recurso. Cabe aceptar que el punto de partida haya que situarlo al contratar el arrendamiento por parte de la esposa, en cuyo momento la cosa arrendada carecía de los requisitos necesarios para ser utilizada la vivienda, al disponer ésta de una elemental instalación eléctrica. Nada se dice sobre la buena o mala fe de la arrendadora, aunque la instalación eléctrica es algo que está a la vista y cuyas deficiencias aquélla no puede desconocer. Comete un ilícito contractual, con evidente repercusión en la validez del contrato. Tal deficiencia, a lo largo de casi tres años de la vida del arrendamiento, no desaparece, y puede defenderse que se transforma en la ineludible obligación de realizar una reparación necesaria y urgente a cargo de la arrendadora, sin que ésta pueda exonerarse de su obligación, alegando falta de la denuncia del arrendatario. Como es razonable presumirlo, la arrendadora conocía el defecto de la instalación eléctrica, y parece contrario a la buena fe exonerarla por el mero hecho de no haber protestado el arrendatario.

En cuanto al artículo 1366 CC, hay un debate doctrinal sobre su interpretación, que la sentencia soslaya (puede consultarse el estado de la cuestión en Lacruz *et alii Elementos*, IV *Familia* [nueva ed. a cargo de Rams Albesa], Madrid 2002, p. 216 s.). (G. G. C.)

74. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: principio de prueba: requisitos del artículo 127.2 CC.—El derogado artículo 127.2 CC, como dice la STS de 28 de abril de 1994, sólo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, filtro que no impide la admisión de las demandas en que exista un principio de prueba. Pero la insólita demanda aquí presentada sólo señala que el actor ha estado residiendo hasta hace cuatro años en la localidad de H. del D., ejerciendo la profesión de taxista y que, no obstante, su situación de casado, en 1990 mantuvo relaciones sentimentales y físicas con una joven de la localidad, la cual quedó en estado, dando a luz una niña el 16 de diciembre de 1991, y le llegaron rumores de que la demandada comentaba que la hija podía ser del demandante, sin que se precisara una imputación concreta. Pero si ha existido una relación sentimental y física, para cumplir los requisitos del artículo 127 CC ha debido señalar y precisar circunstancias de tiempo y lugar y aducir los oportunos corroborantes probatorios para acreditar la verosimilitud de lo reclamado; nada de ello se ha cumplido por el recurrente, que con la remisión continua a las pruebas biológicas futuras cree satisfecha la exigencia legal, con el lamentable olvido de que, al haberse negado la madre a que la niña sea sometida a pruebas biológicas, la demanda está abocada a su total fracaso, al no poder deducirse su presunta paternidad por faltar otras pruebas complementarias.

Limitaciones a la libre investigación de la paternidad.—Si bien la Ley permite la investigación de la paternidad, no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resultaría perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo; igualmente, la STS de 28 de mayo de 1997 afirma que la normativa sobre filiación presenta como contrapunto la preservación de la paz familiar, y de ahí derivan las limitaciones que la ley establece en orden a la legitimación activa en estos procesos, los plazos de caducidad para el ejercicio de las diversas acciones, y la exigencia del artículo 127.2 CC, a lo cual debe añadirse la protección del interés del menor.

Legitimación activa habiendo posesión de estado.—El presunto padre sólo puede ejercitar la reclamación de la filiación no matrimonial cuando goce de la posesión constante de estado, como se deduce del artículo 133 CC. que sólo atribuye la legitimación al hijo; y aunque no se desconoce la doctrina jurisprudencial que la ha extendido también al padre o a la madre (SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1994 y 24 de junio de 1996, etc.), tal extensión no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que pueden dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor. En este caso no sólo se ha producido una absoluta carencia de toda posesión de estado en el actor, sino la propia insuficiencia de la demanda para sustentar una pretensión de declaración de paternidad.

Tutela judicial efectiva: indefensión.—En el brevísimo desarrollo del motivo se dice que cuando en un supuesto como éste, totalmente inusual, se acude a los tribunales para despejar las dudas sobre la paternidad con respecto a una menor, planteando dos acciones alternativas, lo menos que puede hacer un Juzgado es dictar un pronunciamiento con respecto a las peticiones de la demanda, y no sobreseer el procedimiento, con base en motivos, a nuestro juicio erróneos. Si a ello se añade que no existe una motivación económica en el planteamiento de la demanda, y el hecho —en efecto, inusual— de que sea el padre el que ejercite estas acciones, está claro que el Juzgado y posteriormente la Audiencia no han otorgado al demandante la tutela judicial efectiva, que propugnaba con su declaración. Este motivo del recurso tiene que parecer porque el derecho a la tutela judicial es un derecho de protección que sólo puede ejercerse por los cauces que el propio legislador establece; o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal, lo que implica que las partes que intervienen en un proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellas. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que la exigencia del artículo 127 CC es constitucional, y el recurrente se obstinó en su contumaz interpretación del referido precepto, totalmente de espaldas a la interpretación de esta Sala y desatendió las reiteradas admoniciones de rectificar el defecto de su demanda, sin más que *presentar un principio de prueba de los hechos en que se funda*, de modo que el Juez agotó hasta la saciedad las posibilidades legales dando oportunidad al recurrente, que éste no aprovechó en absoluto. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La desusada extensión de los Fundamento de Derecho de esta sentencia desestimatoria del recurso de casación podría resu-

mirse así: *El ciudadano no puede instrumentalizar a los Tribunales de Justicia en capricho propio*. Sin más apoyo que invocar un rumor no corroborado por ningún medio de prueba, el actor solicita la práctica de las pruebas biológicas para comprobar si determinada menor es hija suya, y, en caso contrario, que se declare que no lo es. Tanto la madre demandada como el Ministerio fiscal se oponen a la demanda, denunciando el incumplimiento del entonces vigente artículo 127.2 CC; citadas las partes a una comparecencia, en la que se invita al actor a cumplimentar dicho precepto, al no hacerlo se dicta Auto acordando el sobreseimiento del procedimiento, que se confirmó en trámite de apelación, y se ratifica en sentencia extractada de la que ha sido Ponente Martínez-Pereda Martínez. Doctrina plenamente de aprobar si se recuerda que, al promulgarse la Ley de 13 de mayo de 1981, ya se rebajó la exigencia del requisito existente en legislaciones de países próximos al nuestro que requieren *principio de prueba por escrito*. Tiene plena razón el TS al decir que la constante remisión del recurrente a las pruebas biológicas es genérica, y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre de la menor en el tiempo de su concepción, y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio. Es insuficiente la pretensión del demandante de obtener certeza biológica de su paternidad para asumir sus obligaciones, o tranquilizar su conciencia, aunque se aleguen rumores que, de suyo, desaparecen con el tiempo.

Sobre el artículo 127 CC la STS de 18 de mayo de 2000 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1822 ss.) ha dicho que se trata de ofrecer una mínima verosimilitud de los hechos alegados en la demanda, de modo que el órgano judicial tenga la impresión de que razonablemente han existido. En el caso aquí considerado no se había alcanzado siquiera ese umbral de verosimilitud.

Una observación adicional: el Ponente demuestra ser consciente de la peligrosidad —para la materia aquí tratada—, que encierra la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala 1.ª (Cfr. García Cantero, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado», en *RJN*, núm. 36, octubre-diciembre 2000, p. 313 ss) y hace una declaración *obiter* que no recoge plenamente el alcance de la referida criticada orientación jurisprudencial. (G. G. C.)

75. Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial. El artículo 127.2 CC.—La investigación de la paternidad es un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, con carácter y valor constitucional (art. 39 CE). Su finalidad no es otra que la adecuación de la realidad jurídica de un sujeto, en concreto en cuanto a las relaciones paterno-filiales se refiere, a la realidad biológica o material de su concepción. Para alcanzar tal objetivo se posibilita la práctica de todas aquellas pruebas acreditativas de la filiación (art. 135 CC), tanto directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, tales como la posesión de estado o la convivencia marital al tiempo de la concepción, así como cualesquiera otras: testificales, fotografías, correspondencia, etc. En cualquier caso, y para evitar que se interpongan demandas frívolas o torticeras, el artículo 127.2 establece «... un requisito de procedibilidad ...» (FD 1.º), esto es, la

necesidad de presentación de un principio de prueba de los hechos en que se funde, sin que por ello haya de entenderse que se incumple con el mandato constitucional del artículo 39 (SSTS 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996, 30 de octubre de 1998, 26 de junio de 1999 y 18 de mayo de 2000), ni lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, bastando «... con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» (FD 1.º).

La valoración en conjunto de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad con otras pruebas.—Conforme a la doctrina reiterada tanto del TS como del TC, la negativa del demandado a someterse a la práctica de una prueba hematológica, no puede entenderse *per se* suficiente para declarar la relación de filiación (STC 7/1994, de 17 de enero; SSTS de 18 de mayo y 20 de diciembre de 1994, 23 de diciembre de 1996, 23 de junio, 21 de julio y 19 de noviembre de 1997, 28 de febrero, 13 marzo y 22 de junio de 1998). Es un indicio valorable que, acompañado de otros medios, puede ser nexo de la presunción (SSTS de 13 de diciembre de 1994 y 26 de julio de 1996), pero que, por sí solo, carece de carácter de prueba tasada. La concurrencia de otras pruebas tales como la testifical, que acreditase el posible acceso carnal de la demandante con el demandado al tiempo de la concepción, la visita del demandado al pueblo donde residía la demandante con su hijo, denota «... un interés inusual en quien carece de vinculación con el nacido...». Dicho principio de prueba fácilmente hubiera podido destruirse con la práctica de la correspondiente prueba hematológica a cuya práctica se negó, en dos ocasiones, el demandado. De este modo, la negativa del demandado aunque carece de carácter de *ficta confessio*, 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, STS de 26 de julio de 2001). Valoradas todas las pruebas en conjunto, incluida la testifical, el juzgador puede mantener la razonable posibilidad del acceso carnal, y, por tanto, determinar la filiación del demandado con respecto al hijo de la demandante. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar).

HECHOS.—Doña. M.^a J. R. M. demandó por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía a don P. F. A. Ll, solicitando que se declarase la filiación no matrimonial del demandado con respecto al hijo de la demandante, A. R. M., así como el establecimiento de una pensión alimenticia a favor del menor. Propuesta por la parte demandante la práctica de la correspondiente prueba hematológica, el demandado rehusó sin justificación alguna a la práctica de la prueba. Por medio de prueba testifical, quedó probado no sólo la posible cohabitación de ambas partes, demandante y demandado, al tiempo de la concepción «en soledad una noche», sino también la visita del demandado al pueblo donde vivía doña M.^a J. R. M. para conocer al bebé. Estimada íntegramente la demanda, fue recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial de Bilbao. Nuevamente consta la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica. Desestimado el recurso, la representación legal don P. F. A. Ll., interpuso recurso de casación ante la Sala civil del TS, formulando un único motivo en el que denuncia la infracción de

los artículos 127.2, 135 y 1214, todos ellos del CC, artículo 18 CE, así como la jurisprudencia tanto del TS como del TC al respecto.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS, con reiteración de la doctrina mantenida en los últimos años sobre la negativa de un demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad, vuelve a pronunciarse sobre el valor de dicha negativa como indicio razonable, el cual se conjuga con otros hechos probados tales como la visita del demandado al lugar de residencia de la demandante para conocer al niño, la prueba de testigos conforme a la cual tuvieron lugar relaciones sexuales entre ambas partes al tiempo de la concepción del niño. Como en otras ocasiones el TS tiene en cuenta, no sólo la concurrencia ocasional de alguna otra prueba, sino que entiende que la pluralidad de datos que quedan acreditados mediante la prueba testifical denotan un interés inusual del demandado con respecto al menor. Además si tenemos en cuenta que estaba en manos del demandado la posibilidad de invalidar automáticamente dichas pruebas mediante la práctica de la prueba hematológica correspondiente, su negativa, además de perjudicarlo, supone un incumplimiento del deber genérico de prestar la debida colaboración a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, conforme al artículo 118 CE. (R. D. O.)

76. Acciones de filiación. Legitimación activa. Ejercicio de la acción de impugnación por el propio padre matrimonial. Representación legal.—La filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Sobre la misma se funda una estricta relación paterno-filial (*status filii*) y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar (*status familiae*). Por la importancia y alcance de la filiación, el artículo 39 CE lo consagra como un valor superior y prevalente, facilitando la investigación de la paternidad para lograr la adecuación de la realidad jurídica del hijo a la realidad biológica de su concepción.

El artículo 129 CC, atendiendo al principio *favor filii*, determina la legitimación activa en el ejercicio de las acciones de filiación, reconociendo el derecho de los hijos al establecimiento de su filiación como bien digno de tutela. Para el ejercicio de la acción por el representante legal es necesario que la representación legal esté constituida, y que en el supuesto de ejercicio de la acción de reclamación se permita también la impugnación de la acción contradictoria (art. 134 CC). Sin embargo, en el ejercicio por parte del padre, como representante legal del menor, de la acción de impugnación de su propia filiación y de reclamación de la misma con respecto a otro sujeto, el actor, al asumir esa representación «... sostiene un interés opuesto al del hijo ...», debiendo haber sido, conforme al artículo 163.2 CC, su madre la que hubiera actuado como demandante (FJ 2.º).

Ejercicio de la acción mixta de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de filiación paterna no matrimonial. Régimen procesal.—Conforme al artículo 134 CC, el ejercicio de una acción de reclamación de filiación no matrimonial por el hijo o su progenitor permite, en todo caso, la impugnación de la filiación contradictoria. Los artículos 136 y ss CC permiten al marido el ejercicio de la acción de la impugnación de la filiación matrimonial determinada conforme a la presunción legal *pater is est quem*

nuptias demonstrat del artículo 116 CC. (STS de 31 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. M. demandó a doña M.^a P. A. D., y a don M. A. D. sobre impugnación de filiación paterna matrimonial y reconocimiento de filiación paterna no matrimonial con respecto al menor M. M. A., solicitando la anulación registral de la filiación matrimonial. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, pero sólo en materia de costas. La representación legal de la parte demandante interpuso recurso de casación, fundado, entre otros, en la infracción de los artículos 133 CC con relación a los artículos 134 y 129 del mismo Código, en cuanto a la legitimación del actor, como representante legal del actor, para reclamar la filiación paterna no matrimonial del menor, con previa impugnación de la suya propia. Asimismo, se entienden vulnerados los artículos 136 y 138 CC, con respecto a los artículos 14, 24.1 y 39 CE.

NOTA.—Conforme a la reiterada jurisprudencia del TS al respecto (SSTS de 3 de junio de 1988, RJ 1988/4736, 23 de febrero de 1990, RJ 1990/2755, 5 de junio de 1997, RJ 1997/4605 y 14 de abril de 1998, RJ 1998/2322, entre otras), cuando se ejerciten ambas acciones, acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, con impugnación de la contradictoria, el régimen que ha de seguir es el de la primera de ellas. Por dicho motivo, y conforme a los datos fácticos suministrados en la sentencia que anotamos, al ser un supuesto de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, la legitimación activa correspondería al hijo «... durante toda su vida ...» (art. 133 CC). Así pues, y en virtud del antiguo artículo 129 CC, actual artículo 765.1 LEC, en principio, la legitimación activa correspondería a sus representantes legales. Sin embargo, puesto que el interés que guía la contienda es el descubrimiento de la verdad biológica, es evidente el conflicto de intereses de ambos progenitores con respecto al hijo: del padre, porque, como actor actúa como representante legal de su hijo solicitando la impugnación de su propia filiación; y de la madre, porque aunque la sentencia establece que, conforme al artículo 163.2 CC sería la que en el litigio debería haber actuado como demandada, entendemos que su actitud obstruccionista a la práctica de las pruebas biológicas, revela que su actuación no está precisamente guiada por la defensa del interés del hijo, cual es, en el presente caso, el descubrimiento de la verdad biológica o material y la adecuación de la situación jurídica del hijo a la misma. Así pues, planteada incorrectamente la relación jurídico-procesal, lo correcto en el presente caso hubiera sido declarar la nulidad de las actuaciones, con reposición de las mismas al momento de interposición de la demanda y el nombramiento conforme al artículo 299.1 CC de un defensor judicial del menor, que lo representara durante todo el litigio (en el mismo sentido la STS de 5 de junio de 1997, RJ 1997/4605). (R. D. O.)

77. Situación de desamparo: configuración restrictiva y concreción.—El TC ha declarado que «para apreciar y valorar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 CE por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores, en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiares, de tal manera que sólo se estime la existencia de desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia moral más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas» (SSTC 143/1990 y 298/1993).

Se consideran por los tribunales determinantes de desamparo situaciones en las que los niños carecían de cuidados tantos materiales como afectivos, siendo indicios de esa falta de atención la escasa higiene de los niños o del hogar, la falta de asistencia regular al colegio, la mendicidad, el dejar solos a los niños en la vivienda, la falta de visitas de los padres cuando los niños no vivían con ellos y la existencia de malos tratos.

Declaración de desamparo y protección de los derechos de los padres.—A este respecto señala la STC de 16 de junio de 1997 que «no resulta ocioso recordar que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de alguna de las personas concernidas, son riesgos previstos por el legislador. En la Ley del menor, aprobada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se han reforzado algunas de las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones públicas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que acarrea la declaración de que un menor se encuentra desamparado, es especialmente significativo que ahora la entidad pública está legalmente obligada no solamente a notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, en un plazo de cuarenta y ocho horas; también debe informarles de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada».

La tutela del Estado a través de la institución pública correspondiente.—Sobre la naturaleza autonómica, que indudablemente plantea problemas en cuanto a su asimilación o no de la tutela ordinaria, la RDGRN de 22 de junio de 1996, ha declarado tajantemente «la situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores. Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judi-

cial que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas».

Cese de la situación de desamparo: requisitos.—Cuando se trata de declarar el cese de la situación de desamparo, y, por lo tanto, de poner fin a la separación de los hijos respecto a los padres, los tribunales consideran «que para decidir la reintegración familiar deberán darse las condiciones objetivas que la justifiquen y permitan pensar con el suficiente grado de convicción que han cesado los elementos de incidencia nociva sobre el menor que determina la situación de desamparo» (Auto Audiencia Provincial de Navarra, 2 de marzo de 1993), centrándose a menudo la resolución en el análisis de si se ha modificado la situación familiar originaria de tal manera que se pueda considerar que el niño será correctamente atendido por su familia natural y sobre todo si esa modificación tiene perspectivas de mantenerse en el futuro. (STS de 31 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En agosto de 1991 fue constituida la tutela de los menores R.—D.—E. por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto a carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, dado los trastornos padecidos por la madre de los mismos quien en comparecencia ante la citada Comisión manifestó su conformidad de que la Comunidad Autónoma de Madrid asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos y por existir sospecha de drogadicción de los mismos.

Ante la mejora de la situación física y económica de la madre de los menores, ésta solicita la impugnación de la tutela, solicitud que fue denegada por los tribunales de instancia y apelación. Recurrida la resolución en casación, el TS desestimó el recurso.

NOTA.—La concurrencia o no de una situación de desamparo no sólo se analiza respecto del momento inicial en que la entidad de protección del menor interviene declarando el desamparo, sino que puede también ser analizada en otros momentos posteriores, por ejemplo, cuando los padres piden el cese de la situación de desamparo. (M. F. N. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

78. El artículo 1295.II CC, referido a la rescisión de los contratos, puede no aplicarse en casos especiales.—Según la S de 25 de octubre de 1911, el precepto citado constituye un principio general que no puede tener aplicación en los casos especiales, como no la tendría en los supuestos en que medie condición resolutoria, S de 3 de julio de 1915, tanto más que el primer comprador no tiene la calidad de tercero, S de 25 de enero de 1913, y puesto que el artículo 790 CC permite condicionar la disposición testamentaria y que su artículo 791 lleva, en tal supuesto, al régimen de los contratos para lo no previsto en la sección de la que el precepto forma parte, se ha venido estableciendo que los efectos de la condición resolutoria cumplida se retrotraen al momento del fallecimiento del testador cuando se trata de transmisión por causa de muerte —S de 8 de julio de 1924— como resultado propio de la mecánica de la condición de esta clase.

Resolución de los derechos hereditarios por cumplimiento de la condición impuesta por el testador.—Condicionados en su perduración, pues, los derechos hereditarios testamentarios de los Padres Dominicos de la ciudad de Requena a que no se produzca su disolución en la localidad y producida ésta, por clausura de su Casa, en 1969, según recoge la sentencia recurrida, ha quedado resuelto su derecho hereditario con la consecuencia de producirse el subsiguiente llamamiento establecido para el supuesto por el testador y, por lo mismo, la venta de bienes realizada en su pleno dominio que, caso de seguir ostentando la cualidad testamentaria atribuida, no podrían adquirir hasta 1990 por muerte de la usufructuaria del caudal —cuando aquella cualidad de herederos ya no les correspondía—, ha de quedar sometida al régimen imperativo de los bienes impuesto por voluntad del testador.

Al faltar el requisito de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, el adquirente no es tercero hipotecario.—Rechazando, además, la cita que se hace intentando obtener la protección registral del comprador sin que le corresponda al carecer de la calidad de tercero hipotecario por falta, cuando menor, de la inscripción de su adquisición que le exige, con buena fe, el artículo 34 LH y aquí no ha llegado a practicarse. (STS de 23 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El testador instituyó heredero en la nuda propiedad de sus bienes a los Padres Dominicos de la Ciudad de Requena, disponiendo de un usufructo universal en favor de su esposa. El testador añadió una condición resolutoria, consistente en que, si se disolviera la Comunidad de los Padres Dominicos de Requena, fueran herederas en la nuda propiedad sus sobrinas políticas o los descendientes de éstas en su representación. En el año 1969, los padres dominicos clausuraron la casa de Requena, que en el año 1994 vendieron al demandado las fincas recibidas en la herencia. Una de las herederas solicitó, entre otros pronunciamientos, que se declarase la ineficacia de las ventas efectuadas, puesto que los Padres Dominicos dejaron de ser propietarios de las fincas en el año 1969, al cumplirse la condición resolutoria testamentaria. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, estimando la demanda. Recurrida la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

79. El fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* faculta al fiduciario para disponer *mortis causa* sobre todos fideicomitidos.—Se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con *si aliquid supererit*, esto es, con el efecto transmisivo de «si algo queda», en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo, *de eo quod supererit* o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad de fideicomisarios sobre «de aquello que debe quedar». El mandato, pues, de aquel testamento, en el que el fiduciante actúa como árbitro del devenir sucesorio de sus bienes, determina el posibilismo transmisivo del fiduciario, y que, en el caso de autos, gozaba de un amplio poder dispositivo, no sólo por acto *inter vivos* sino *mortis causa*, y, como tal, luego otorga su testamento en 28 de diciembre de 1994, instituyendo herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a

favor de sus hermanas, disposición, pues, que está amparada en aquella autorización amplísima que como afirma la jurisprudencia, mientras que la atinente a actos *inter vivos* sí lo es a título gratuito –se tiene también que admitir aunque con reservas– cuando lo es *mortis causa* debe constar de forma expresa como manifiesta en su deseo último el fiduciante –SS de 2 de diciembre de 1966 y 21 de noviembre de 1956, entre otras–.

A la hora de disponer *mortis causa*, el fiduciario no tiene que distinguir entre sus bienes privativos y los bienes fideicomitidos.—Sin que se comparta, como aspiran los motivos, a que, en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque sobre ambos tenía facultades plenas el *de cuius*, los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y, por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo *mortis causa* (supuesto, como se debe, amparado en el art. 783 *in fine*). (STS de 6 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La testadora instituyó heredero universal a su esposo en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*; añadiendo que, a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora. Después de fallecer la esposa, el viudo otorgó testamento, instituyendo herederas a sus dos hermanas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea la naturaleza y procedencia. Después de fallecer el viudo, las hermanas de la fallecida reclamaron a las hermanas del viudo, al considerar que éste no pudo disponer en su testamento de los bienes objeto del fideicomiso de residuo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmó la Audiencia Provincial y el TS. (L. F. R. S.)

80. Construcción en suelo ajeno y aplicación del principio *superficie solo cedit*.—D. A. N. no se extralimitó, sino que construyó en suelo ajeno, de la madre de su esposa y se aplica el principio *superficie solo cedit* que consagra el artículo 358 del CC: lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes; uno de cuyos artículos siguientes es el 361 CC que contempla la construcción en suelo ajeno con materiales propios, de buena fe y concede al propietario del suelo una opción.

Pacto que carece de eficacia transmisiva de la propiedad.—Reconoce dicha sentencia que hubo algún pacto, pero que carece de eficacia transmisiva de la propiedad, al no reflejarse documentalmente, no dar lugar a su inscripción en el Registro de la Propiedad y no provocar la modificación del testamento. Es decir, no fue un acto dispositivo, del que no alega su naturaleza: si fue donación, no se cumplió el elemento de forma que exige el artículo 633 del CC; si fue a título oneroso, no aparece ni se vislumbra la reciprocidad de prestaciones. Fue, tal como se desprende de la relación fáctica de la sentencia, que se recoge en este motivo del recurso, una expresión a la que no quisieron dar efectos jurídicos o, en otras palabras, un acuerdo que las partes no elevaron a acto dispositivo con trascendencia jurídica.

Eficacia de la constitución de hipotecas sobre los bienes fideicomitidos en caso de fideicomiso de residuo *sine liberis decesserit*.—La consecuencia que pretende la parte recurrente es la declaración de nulidad (*rectius*, ineficacia) de los negocios jurídicos de las hipotecas, en la parte que alcanza a bienes fideicomitados. El fideicomiso de autos es de residuo y *sine liberis decesserit*, por lo cual pende de la condición de que la fiduciaria fallezca, y fallezca sin hijos; mientras no ocurra esta doble situación, con naturaleza de condición, es la titular de los bienes y, como tal, puede disponer de los mismos. Otra cosa sería que, una vez purificado el fideicomiso, la fideicomisaria y, como tal adquirente ejercitara —si procede— acción para reclamar la adquisición del patrimonio fideicomitado libre de cargas posteriores al momento del fideicomiso. (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes solicitaban, entre otros pronunciamientos, que se declarase la nulidad de la aceptación de una herencia, por incluirse en ella bienes que no pertenecían a la causante, sino al marido de una de las herederas, que construyó una nave en la finca de la causante. También solicitaban que se declarase la nulidad de dos hipotecas constituidas sobre bienes afectados por un fideicomiso de residuo *sine liberis decesserit*. El Juez de Primera instancia, la Audiencia Provincial y TS desestimaron sustancialmente la demanda. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

81. Concepto actual de orden público.—Esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en época determinada (SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales.—El concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y, que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 CE (STS de 18 de mayo de 2000).

Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales por transcurso del plazo de un año desde la celebración de las Juntas generales de accionistas.—De las actuaciones cuestionadas en el motivo y concretadas en el párrafo primero de este fundamento de derecho, las determinadas en

los apartados *a*), *b*) y *c*) hacen mención a la contabilidad de la compañía; la del *d*) a una disfunción interna; y la del *e*) plantea una cuestión nueva, no susceptible de conocimiento en casación; y no cabe calificarlas por sí mismas, de conformidad con lo hasta ahora explicado, como atentatorias al orden público, por lo que los acuerdos adoptados por las Juntas generales de *FETE, S. A.*, excepto la del año 1994, si aquellos litigantes entendían que les eran perjudiciales, debieron hacerse valer en el plazo dispuesto en el artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, como se ha sobrepasado el tiempo de un año marcado en este precepto, la acción ejercitada no puede ser acogida.

La ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados.—La ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados, pues el acta de la Junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter *ad probationem* y no *ab solemnitate*, sin perjuicio de que al acceder los acuerdos al Registro Mercantil hayan de instrumentarse en documento público, bien con la legalización del acta de la Junta o la concurrencia del Notario a ésta, de forma que el incumplimiento de los administradores no tiñe de antijuricidad el acuerdo, sino a su documentación, al afectar, no al mismo, sino al acta de la Junta que lo contiene y sí puede tener incidencia en su prueba, pero no cabe impugnar, como contrario a la Ley (art. 115), un acuerdo sólo porque los administradores hayan quebrantado lo dispuesto en el artículo 114, toda vez, que no puede anudarse a la falta de presencia del Notario la nulidad del acuerdo o acuerdos adoptados en la referida Junta, dejando a salvo la responsabilidad que, en su caso, pudiera ser atribuida a los administradores, máxime cuando no se peticionó ni obtuvo anotación preventiva de su petición en los términos establecidos en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

Eficacia de los acuerdos que constan en acta ordinaria, aunque un grupo de accionistas pidiera que se reflejaran en acta notarial.—Si los accionistas requieren a los administradores, y éstos no obedecen y no requieren al Notario, o si, tras el requerimiento a éste, los administradores no consiguen, pese a la realización de las gestiones correspondientes, que acuda a la Junta, y se levanta acta ordinaria, no notarial, el efecto es que los acuerdos podrán sufrir un retraso por cierre del Registro Mercantil (art. 104 del Reglamento del Registro Mercantil) y, ni que decir tiene, cabe que sean impugnados, pero cuando transcurre el plazo de cierre registral y los acuerdos no se impugnan, llegarán a ser eficaces, ejecutivos e inscribibles sin acta notarial. (STS de 5 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos accionistas demandaron a una sociedad anónima, solicitando que se declarase nula la celebración de una Junta general, e igualmente se declaren nulos o, subsidiariamente, anulables, los acuerdos tomados en la misma, ordenándose al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción de los acuerdos de dicha Junta, así como la de los asientos posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS, por haber transcurrido el plazo de un año para impugnar los acuerdos y no haber vulnerado estos el orden público. (L. F. .R. S.)

82. Nulidad de hipoteca: Ley 2/1981; de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario.—El artículo 10 de la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, exceptúa el principio rigorista del artículo 878.II CCO, que supone la nulidad de todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retraigan los efectos de la quiebra. Dicho artículo 10 sólo podrá aplicarse cuando la hipoteca figure inscrita a favor de alguna de las entidades especificadas en el artículo 2 (entre las que se encuentran los Bancos privados, comerciales e industriales) y siempre que los préstamos garantizados con ella se destinen a alguno de los fines que se contemplan en el artículo 4. De no cumplirse ambos requisitos, regirá la norma general del artículo 878.II CCO.

Finalidad de las operaciones de préstamo: interpretación del artículo 4 de la Ley 2/1981.—Dado el carácter excepcional de la Ley reguladora del mercado hipotecario, ésta debe ser interpretada restrictivamente en relación con el artículo 878 CCO (STS de 23 de enero de 1997). Considera el TS que la finalidad contenida en el artículo 4 de la citada ley bajo la expresión «cualquier otra obra o actividad» que se pretenda financiar con los préstamos, se refiere sólo a las destinadas a favorecer o facilitar la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas o de edificios agrícolas comerciales o industriales. Una interpretación más amplia (por ejemplo, entender incluidas en el precepto las obras que se destinen al cumplimiento del fin de una sociedad anónima) iría en contra del tenor literal del artículo y del fin que la propia Ley 2/1981 persigue, que no es otro que el incremento de la construcción inmobiliaria. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de la mercantil *Meseta, S. A.* demanda a la sociedad *Banco de Castilla, S. A.* en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada y declara la nulidad absoluta de las tres hipotecas constituidas a favor de *Banco de Castilla, S. A.* y de sus respectivos asientos de inscripción. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, imponiendo las costas al recurrente.

NOTA.—En relación con la aplicación de la citada Ley 2/1981 deberán de tenerse en cuenta el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan algunos preceptos de la citada Ley (entre otros los arts. 2, 4 y 10); y los Reales Decretos 1623/1985, de 28 de agosto, 1289/1991, de 2 de agosto, y 629/1996, de 26 de abril, por los que se modifican o derogan algunos preceptos del primer Real Decreto citado.

Hay que destacar igualmente, dentro de esta materia, la tramitación por parte del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley concursal y del Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, calificados por el mismo el 18 de julio de 2002. El plazo para presentar enmiendas a dichos proyectos ha finalizado en noviembre del pasado año, y actualmente nos encontramos en la fase de presentación de informes, esperando que en breve se remitan ambos proyectos al Senado. Ambas normativas, cuya aprobación definitiva

se prevé en los meses de junio o julio, modificarán la actual regulación de la quiebra y la suspensión de pagos. (S. E. M.)

DERECHO PROCESAL

83. Error judicial.—La construcción del error judicial es netamente jurisprudencial y la doctrina declarada por el TS al respecto (ya consolidada en las SSTs de 26 de diciembre de 1995, 1 de marzo de 1996, 13 de enero, 22 de julio de 1998, 24 de febrero de 2000 y 5 de octubre de 2001, entre otras muchas) cabe resumirla en los siguientes términos (FD 1.º):

1.º Incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. Se trata de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico.

2.º No puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso.

3.º Se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

No comprende:

1.º El supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas.

2.º No puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejugarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que, en modo alguno, pueden unos u otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización.

«En las sentencias civiles y la penal hay la palmaria contradicción sobre si tenía o no concertada la solicitud del contrato de seguro en el momento de producirse el daño. Pero en lo que no hay contradicción alguna es que aquella solicitud no estaba firmada por el supuesto asegurado, que es el demandante del presente error judicial y este es el argumento básico que ha producido la desestimación de su demanda en las dos mencionadas sentencias, dictadas en primera y en segunda instancia.» (FD 2.º). (STS de 15 de febrero de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—Don C, P. M. formuló demanda de reclamación a la compañía de seguros de la indemnización del daño producido, objeto del contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia con base a los argumentos de que la solicitud del contrato de seguro no estaba firmada por el demandante, sino por el agente de seguro, como representante de aquél, careciendo de poder de representación y por la compañía aseguradora y, como segundo argumento, porque

dicha solicitud se confeccionó posteriormente. Por el contrario, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de la misma ciudad, al conocer del proceso penal por falsedad y estafa en relación con los mismos hechos, aplicó la presunción de inocencia y consideró que no se había probado (por prueba directa y era insuficiente la indicia) que el supuesto asegurado y el agente de seguros hubieran confeccionado *a posteriori* del daño (accidente de circulación) la solicitud del contrato de seguro y absolvió a ambos.

Don C. P. M. formuló demanda sobre error judicial contra la Administración del Estado y el Ministerio Fiscal, respecto de sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirmatoria de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia señalando que ambas sentencias han incurrido en error al declarar que don C. P. M. no tenía seguro que le amparase el día 22 de enero de 1996, cuando resulta que, por sentencia firme del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pontevedra, se declara como hecho probado que sí tenía seguro obligatorio a partir de propuesta que había suscrito.

NOTA.—En esta sentencia se reitera la doctrina del TS respecto al error judicial contenida en numerosas sentencias (*vid.* SSTs de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988; 19 de mayo, 3 de julio y 5 de diciembre de 1989; 31 de octubre y 8 de noviembre de 1991; 18 de abril de 1992; 3 y 27 de marzo, 15 y 16 de octubre de 1993; 14 de diciembre de 1994; 26 de diciembre de 1995; 1 de marzo de 1996; 13 de enero, y 22 de julio de 1998; 1 de febrero de 1999; 5 de octubre de 2001) que sostiene que el error judicial no se configura ni como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales. El llamado error judicial viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, constituyere un error craso, evidente e injustificado. (*M. C. L. J.*)

84. Planteamiento de la nulidad del título como excepción o revocación frente a tercería de dominio.—El planteamiento de la nulidad del título del tercerista mediante excepción y no como reconvencción parece exigir un tratamiento de reconvencción, no obstante, no fue ésta la opción legislativa de la precedente Ley de enjuiciamiento civil. La posibilidad de plantear como excepción a la demanda de tercería de dominio la nulidad del título aparece en la STS de 27 de abril de 1998, en la que se establece que, frente a la moderna tesis que defiende la reconvencción incluso con la intervención de personas ajenas a la litis en solicitud de la nulidad del título, no obstante, se ha de tener presente la finalidad de la tercería, que no es otra que el levantamiento del embargo para excluirlos de la ejecución (STS de 1 de abril de 1993). La tolerancia jurisprudencial de la reconvencción sobre la nulidad del título dominical (STS de 26 de junio de 1979) tiene su explicación en la dificultosa diferenciación entre reconvencción y excepción («sobre todo si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de la segunda y la posibilidad admitida de la reconvencción implícita» FD 1.º).

Esta doble posibilidad tiene distintos efectos: cuando se plantea como excepción, se evita el rigor de posibles terceros que tendrían que soportar la nulidad del negocio, ya que el Tribunal se limita a constatar la inexistencia de

un título válido que acredite la propiedad del tercerista. Mientras que si se plantea por vía de reconvencción, es imprescindible la constatación de las partes contractuales (STS de 24 de julio de 1992).

La STS de 19 de mayo de 1997 declara la imposibilidad de esgrimir por vía de reconvencción la nulidad del título, «ya que no es un proceso principal e independiente, sino un incidente del proceso ejecutivo». (STS de 16 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda de tercería de dominio por la parte actora, la entidad *Villa L. S. L.*, en la que se solicitaba que se condenara a los demandados, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Málaga y contra la entidad *T. I., S.L.*, a pasar por la declaración de que el inmueble sobre el que se trabó el embargo pertenece en propiedad al actor, mandando se levante el embargo trabado por la demandada Agencia Estatal. La sentencia dictada desestimó la demanda, no dando lugar a la tercería de dominio. Contra dicha resolución se presentó recurso de apelación, y la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso. El recurso de casación se basa en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del artículo 24 CE al haberse alegado la nulidad del título y no haberse ofrecido trámite hábil para contestar, por infracción de los artículos 1253 y 1111 CC. El TS establece no ha lugar. (P. S. S.)