

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Pilar CÁMARA ÁGUILA
Francisco ECHEVERRÍA SUMMERS
José Carlos ERDOZAIN LÓPEZ
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Natalia LÓPEZ CONDADO
M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA
Fernando MORILLO GONZÁLEZ
Carmen PLANA ARNALDOS
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Aurea RAMOS MESTRE
Encarna SERNA MEROÑO

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de Sucesiones.—II. Derecho mercantil.—III. Derecho procesal.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Negocio fiduciario. Tipos: Fiducia cum creditore, fiducia cum amico.— En esta sentencia debe destacarse la gran importancia que para el TS han tenido los hechos probados de los que de una forma implícita deriva un tácito *pactum fiduciae*, es decir, del compromiso contraído por la donataria de retransmitir el derecho adquirido, porque a pesar de que no existía pacto escrito en el pleito acerca de tal compromiso, estos hechos acreditan que en ningún momento la demandada manifestó una propiedad normal, sino lo que denomina la doctrina un *dominium impropie dictum*.

Cuando el TS se enfrenta a la calificación jurídica del negocio efectuado, considera que no se trata de un negocio ficticio o simulado, sino de un negocio fiduciario, destinado a realizar una finalidad distinta de la transmisión de la propiedad del inmueble donado formalmente. Estima que el negocio realizado dio lugar a una transmisión fiduciaria de la propiedad, cuya finalidad no era garantizar el pago de una deuda (fiducia *cum creditore*), sino que la fiduciaria sustituyera y cooperara con el fiduciante en la gestión y realización de unas obras en los bienes donados, finalidad análoga a la denominada fiducia *cum amico*.

Inexistencia prescripción adquisitiva.— De los hechos resulta que a pesar del otorgamiento de escritura pública, la recurrente no poseyó realmente el inmueble discutido, sino que durante los doce años transcurridos desde el otorgamiento de la escritura de donación, se realizaron obras en dos lapsos de tiempo, que fueron gestionadas y satisfechas por los padres de la demandada, por tanto no hubo infracción alguna del art. 1957 CC., pues al faltar la posesión no cabe alegar la prescripción del dominio.

Confesión judicial.— Recoge la doctrina reiterada por la Sala, manifestando que la prueba de confesión judicial no es lícito desarticularla en casación, respecto de los demás medios de prueba utilizados (SS, entre otras, de 24 de abril y 18 de septiembre de 1986 y 20 y 23 de febrero y 10 de abril de 1987), y que tal prueba no es superior a los demás medios de prueba, en particular, a aquéllos que en la apreciación conjunta de la prueba sirvieron de soporte fáctico a las indagaciones y conclusiones de la Sala de instancia. (STS de 14 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Por escritura pública de 29 de noviembre de 1972, se efectúa una donación pura y simple, irrevocable y no inoficiosa, hecha en concepto de mejora.

La donataria nunca inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, ni ha estado en posesión de la finca.

Se realizaron unas obras en la finca, que fueron costeadas y ordenadas por el fallecido padre, durante las cuales se tituló dueño de la finca, sin mención alguna de la titularidad de la hija. La madre arrendó la finca sin oposición de la hija, y sin que los vecinos tuvieran a ésta como propietaria en ningún momento.

Ante el incumplimiento de la obligación de retransmitir la finca, se interpone demanda de juicio de menor cuantía en la que D.^a L.A.R. y seis de sus hijos, demandan a su hija y hermana respectivamente, para que se declare que la actora y herencia yacente de su fallecido esposo son propietarios de la casa n.º 30 de la calle Uruguay, de las Palmas de Gran Canaria, y que todo lo construido como obra nueva en dicho inmueble lo ha sido a expensas y con el peculio particular del matrimonio de la actora, y que la donación de la misma finca por escritura de 29 de noviembre de 1972 a favor de la demandada, fue constitutiva de un negocio fiduciario, con la obligación por parte de la donataria de retransmitir dicha finca. Pretensiones aceptadas en primera y segunda instancia. (M.I.M.P.)

2. Prescripción extintiva. Responsabilidad del depositario administrador.— La acción que se ejercita contra el depositario administrador de bienes secuestrados por los daños causados en el ejercicio de sus funciones no

puede considerarse una acción por culpa extracontractual, y ello debido a que las obligaciones del depositario administrador de bienes secuestrados derivan de la Ley, mediante resolución judicial (art. 1454 LEC). Estas circunstancias impiden la aplicación, a la cuestión debatida, del art. 1968 CC, máxime cuando el art. 1964, del mismo texto legal, manda atender al plazo de quince años cuando, como en este caso, la acción no tiene término especial y no puede equipararse a las extracontractuales, a su vez, las circunstancias mencionadas, también suponen la aplicación al caso de todas las normas relativas al incumplimiento de las obligaciones, como el art. 1101 CC. (STS de 28 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia del embargo instado por A sobre los bienes de B, y llevado a efecto el 17 de julio de 1981, fue nombrado depositario de aquéllos C. Solicitado el levantamiento del embargo en 1987, fue admitido, pero el depositario no pudo devolver los bienes cuando se le pidió porque a mediados del año 1985 habían perecido en un incendio del local donde se hallaban depositados.

B demandó tanto al depositario como al embargante, siendo estimada parcialmente la demanda, pues el Juez de Primera Instancia absolvió al embargante, y condenó al depositario de los bienes a indemnizar a la actora por los daños causados en el depósito de sus bienes. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra dicha resolución se formuló recurso de casación que se resuelve en la sentencia que comentamos. El recurso se fundamenta principalmente en entender que la posible responsabilidad del depositario administrador es extracontractual, y en base a ello estimar la prescripción de la acción en base al art. 1964 CC. En el juicio declarativo del que dimana el recurso de casación, quedó probada como cuestión de hecho la falta de diligencia del demandado, ahora recurrente, en la guarda y custodia de los bienes que se le confiaron. (F.M.G.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Tensión entre derecho al honor – derecho a la información. Requisitos de la información constitucionalmente protegida.— Aceptado por todos, a la vez que la protección constitucional de los derechos al honor y el de transmitir libremente información, el valor preponderante de éste sobre aquél en cuanto, ejercitado en relación con asuntos de interés general, cumple la función de garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, según doctrina jurisprudencial de innecesaria cita concreta dada su notoriedad, es del mismo modo patente que, sobre que la libertad de información no está constitucionalmente concebida como una libertad absoluta que ha de prevalecer, sin límites, sobre otros derechos también constitucionalmente declarados, cual el del honor, sino como un derecho cuya preferente tutela además de cumplir la exigencia de versar sobre asuntos de interés general o trascendencia pública, necesita observar el límite de veracidad de la noticia que transmite, so pena de obstaculizar la protección reclamada, tanto por incumplimiento del requisito condicionante que el propio artículo 20 d) de la Constitución Española establece para gozar de la consideración de derecho fundamental que la citada norma consagra (—«información ve-

raz» dice el texto constitucional—) requisito que comporta, al menos, que el informador obre con un específico deber de diligencia (S. del 3 de marzo de 1989) como por necesario respeto al límite que impone la guarda de este otro derecho al honor conforme al apartado 4 del mismo artículo 20.1 d) de la Constitución Española». (STS de 19 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El actor, cónsul español en La Haya, demanda al autor de un artículo que considera atentatorio contra su honor, al director de la revista «Interviú» en la que éste se publica y a la empresa propietaria «Ediciones Zeta». El Juzgado, acogiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, absuelve en la instancia a los demandados. La Audiencia, que admite el recurso de apelación interpuesto por el actor, desestima la excepción alegada pero absuelve a los demandados al entrar en el fondo del asunto. Recurre nuevamente el actor y el Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación. (R.G.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Autocontrato.— La figura del autocontrato tiene lugar siempre que cualquier relación contractual es realizada por una sola persona, aunque también puede constituir supuesto de autocontratación cuando partiendo de dos intervinientes contractuales, en realidad uno de ellos, no es propia parte, sino que mantiene identidad plena y acreditada de intereses compartidos con la contraparte y por ello no actúa para sí sino más bien para el otro.

En el presente caso, la Cooperativa vende el bien a un socio cooperativista, lo que no puede entenderse como un autocontrato, ya que de una parte no se produjo una colisión de intereses, y de otra, este tipo de ventas no está prohibido por la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974. Incluso, el acta de la Cooperativa donde se acordó la venta de dichos inmuebles no fue objeto de impugnación social alguna, no produciéndose ningún tipo de perjuicio social. Dicha acta, aunque adolecía de defectos administrativos, contenía todos los requisitos esenciales que conformaban el contenido del acuerdo, entre los que figuraban el apoderamiento de un socio para realizar dichas ventas en nombre de la sociedad. Por lo que la venta sí contaba con el consentimiento de la sociedad a través de su apoderado, y aun existiendo defectos administrativos en el acta, éstos no sirven de base para fundamentar recurso de casación.

Competencia territorial.— Es doctrina reiterada de esta Sala (SS TS de 26 de febrero y 17 de mayo de 1991, 30 de diciembre de 1992, 23 de febrero y 4 de diciembre de 1993 y 29 de enero de 1994), que la reforma operada en la LEC por Ley de 6 de agosto de 1984, en el art. 533-1.º, vino a concretar lo que debe entenderse como excepciones dilatorias, refiriéndose solamente a la objetiva o funcional y desapareciendo el precepto referido a la competencia territorial. Esta última sólo cabe alegarla por el trámite de incidentes (art. 79 LEC). En el presente caso, al no haber acudido la recurrente al procedimiento incidental, dejó pasar la oportunidad del planteamiento correcto, produciéndose una sumisión tácita a la competencia territorial (art. 58-2 LEC). (STS de 24 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— D. Emilio Penas promueve juicio declarativo de menor cuantía, sobre elevación a escritura pública de contrato de compraventa que realizó con la Cooperativa de Viviendas Riazor, de la cual él era socio cooperativista.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, estimando la excepción de falta de competencia territorial. La Audiencia revoca la sentencia y condena a la Cooperativa a otorgar la escritura pública. Instando el recurso de casación por la Cooperativa, el TS declara no haber lugar al mismo. (N.L.C.)

5. In illiquidis non fit mora.— El motivo quinto señala la vulneración del principio «in illiquidis non fit mora». En efecto, es evidente que no hay constitución en mora (art. 1100 último párrafo CC) y por tanto conforme a reiterada doctrina de esta Sala los intereses han de satisfacerse a partir de la fecha en que se concrete la fecha exacta del adeudo (sentencia de 4 de mayo y 8 de junio de 1966; 22 de octubre de 1968; 8 de junio de 1981; 26 de junio de 1984; 5 de mayo de 1986 y 20 de febrero de 1988), por lo que ha lugar a la estimación del motivo. Sin perjuicio de constatar que es por estas circunstancias determinantes de absoluta iliquidez por lo que no se aplica en este caso la nueva corriente doctrinal de concesión de intereses desde un principio en que quede determinado cuantitativamente el adeudo». (STS de 29 de septiembre de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.— Con ocasión de las obras de urbanización a realizar en una finca se firma un presupuesto-convenio entre los litigantes, cuyo desarrollo, cumplimiento y liquidación constituye el objeto de la confrontación entre comitente y dueño de la obra. El Juzgado estima parcialmente la demanda y la reconvención. La Audiencia confirma íntegramente la resolución del Juzgado. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la entidad dueña de la obra. (R.G.S.)

6. Indemnización de los daños y perjuicios por falta de pericia profesional en el art. 1.101 CC. Requisitos.— Según reiterada jurisprudencia, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios con base en el art. 1.101 CC requiere, por un lado, probar los daños cuya reparación se pretende; y, por otro, poder atribuir su comisión a una conducta culposa o dolosa. En opinión del TS, que confirma la expresada por el Juzgado de Primera Instancia, el art. 1.101 CC sólo sirve para la reclamación de los daños o perjuicios ocasionados por la acción directa de aquél a quien se le imputan.

Lucro cesante. Interpretación jurisprudencial del art. 1.106 CC.— El lucro cesante es un concepto restrictivo en el que sólo caben las ganancias perdidas que resulten probadas de manera indubitada, sin que puedan considerarse como tales, pues, las infundadas o las basadas sólo en esperanzas. (STS de 29 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Los recurrentes en casación demandaron al propietario de un astillero y a una sociedad de seguros por reclamación de una determinada cantidad en concepto de los daños y perjuicios ocasionados en el buque perteneciente a los primeros, y por el lucro cesante dejado de obtener como consecuencia de dichos daños. Se

considera probado que los demandantes entregaron la nave de pesca de la que eran propietarios en el astillero de los demandados a fin de proceder a su limpieza. Sin embargo, por culpa del personal encargado del astillero se causaron determinados daños en el buque, los cuales le obligaron a permanecer inactivo durante un determinado período de tiempo.

Los demandantes solicitaron de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia no sólo el resarcimiento de los daños efectivamente sufridos en el casco y la cantidad presumiblemente dejada de ganar por inactividad profesional, sino también el de los desperfectos derivados del siniestro y que supusieron, indirectamente, deterioros en las artes de pesca del buque.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como el TS rechazan la pretensión de los demandantes-recurrentes sobre resarcimiento de los daños en las artes de pesca, por cuanto no consta que los mismos se debiesen directamente a una actividad imputable al demandado-recurrido, propietario del astillero.

NOTA.— No aclara, sin embargo, suficientemente el TS si la imposibilidad para el recurrente de reclamar los daños causados en los aparejos se debe a que éstos no fueron originados por la acción directa del recurrido, o bien a que, en cualquier caso, no resultó probada la existencia de un nexo de causalidad entre los citados daños y la actividad desarrollada por el astillero.

Lógicamente, si fue lo segundo, hemos de coincidir con el pronunciamiento del Alto Tribunal. Si, por el contrario, la desestimación de las pretensiones del recurrente se debió a lo primero, hay que determinar si, efectivamente, en el ámbito del art. 1.101 CC sólo caben las reclamaciones por daños directamente causados por el incumplimiento contractual. En este sentido, no creemos que deba imperar una interpretación tan estricta, sobre todo si tenemos en cuenta el art. 1.107 p. 1 CC que ordena que el deudor de buena fe responda de los daños y perjuicios «que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Luego, lo decisivo es que exista un vínculo de necesidad, y no una relación directa, entre la causa y el efecto. Todo ello, naturalmente, a salvo de comportamientos negligentes por parte del que haya sufrido los daños o perjuicios. (*J.C.E.L.*)

7. Cesión de solar por construcción a realizar: No procede la resolución por incumplimiento si sólo hay retraso.— Aparte de la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron y de la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad, para que prospere la acción resolutoria *ex art.* 1124 CC se requiere que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia, y que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado que, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante; en el presente caso no hay un verdadero y propio incumplimiento, sino un simple re-

trazo, habida cuenta de la falta de fijación en el contrato de plazo para la ejecución de la obra y entrega del local, y no como una conducta obstativa al fin del contrato que, en modo alguno, puede decirse que se haya frustrado ni de que tal conducta implique una imposibilidad de cumplimiento de la prestación.

Omisión de plazo de cumplimiento en contratos de ejecución diferida:
Art. 1128 CC.— La omisión del plazo de cumplimiento en los contratos de ejecución diferida puede ser suplida por los Tribunales al amparo del art. 1128 C.C., debiendo ser solicitado en tiempo y forma oportunos.

Integración contractual e integración interpretativa: No pueden suplir la omisión del plazo de cumplimiento.— El art. 1128 CC establece tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual, distintos de los derivados de la autonomía privada, y que van dirigidos a establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligadas las partes y la forma y modalidades de su cumplimiento, así como a establecer determinados deberes accesorios del deber principal; tales criterios son la buena fe, el uso y la ley, y son conceptualmente distintos entre sí, e independientes en su aplicación, aunque tengan la misma función integradora del contrato; en particular la buena fe contractual, entendida en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la efectividad del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento, pero ella no puede amparar la pretensión de que se establezca el plazo de la ejecución del contrato omitido por los contratantes; también resulta inaplicable el art. 1287 CC que en su función de integración interpretativa se refiere únicamente «al uso o a la costumbre del país», no a la buena fe ni a la ley que no juegan ningún papel respecto a suplir la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse, no pudiendo considerarse probado el uso de fijar un plazo de cumplimiento en los contratos de ejecución diferida, lo que suele hacerse, no sólo en el lugar del contrato sino en todo el territorio nacional. (STS de 30 de abril de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La argumentación del recurso se dirige a corregir las deficiencias de un clausulado contractual que omite fijar un plazo de comienzo y otro de terminación de las obras; el TS dice que no utiliza la vía adecuada representada por el art. 1128. Dice a este respecto LASARTE ALVAREZ (*Comentario Ministerio de Justicia*, II, p. 107) que el acreedor que reclame el cumplimiento debiera reclamar simultáneamente la fijación del plazo por parte del Tribunal o acreditar la expiración del mismo por reclamaciones extrajudiciales. Debe advertirse que en este caso no se ha seguido el criterio de señalarlo de oficio por tratarse de norma imperativa.

Tratándose una permuta de solar por construcción a realizar no son escasos los problemas prácticos derivados de ejecutar una sentencia que estime la resolución por incumplimiento, sobre todo cuando el *accipiens* del solar ha realizado obras de transformación del mismo (*vide en general GARCIA CANTERO, Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.^a ed., p. 797 ss.). (G.G.C.)

8. Compraventa de acciones de S.A. con precio aplazado: Insolvencia sobrevenida del comprador: No prestación de garantías: Derechos del vendedor: Arts. 1129 y 1467.— Las sentencias de instancia han hecho una declaración del estado de insolvencia, no desvirtuado en el recurso, sin que sea preciso una declaración formal de quiebra o concurso bastando que se compruebe cumplidamente que el deudor ha llegado a una situación de hecho de insuficiencia de bienes y de impago o incumplimiento de sus demás obligaciones, por lo cual es perfectamente admisible y correcto que el vendedor exigiera al comprador que se le dieran suficientes garantías bancarias o carta de crédito irrevocable en el caso de que se mantuviera el plazo aplazado, lo que conduciría a la situación prevista en el art. 1467 párr. 2.º CC lo que no se ha cumplido ni intentado cumplir por el recurrente; la eficacia del llamado «contrato entre accionistas» no lo es tan a ultranza que en una eventual coyuntura económica proclive a la especulación se haga tabla rasa de los dictados de los arts. 1129 y 1467 CC que quizá con una raíz *mens legislatoris* en la cláusula *rebus sic stantibus* se consignaron para evitar que por un excesivo respeto a lo pactado en un pretérito de distintas características objetivas y subjetivas, se dé paso a un desequilibrio de las prestaciones convenidas con manifiesta vulneración de los arts. 1275, 1289 y 7 del CC y 57 CCO y, en definitiva a un incumplimiento por impago del precio que reconduciría a una frustración lindante con lo ilícito, de los intereses y derechos del vendedor; en consecuencia, los arts. 1129 y 1467 CC, constituyen el freno que corresponde a un contrato sinalagmático en el que hay un inminente riesgo de tal incumplimiento por la situación financiera en que se halla el comprador. (STS de 13 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La sentencia interpreta el art. 1467 conforme al sentir mayoritario de la doctrina que recojo en *Com. Albaladejo*, XIX, 2.ª ed. p. 223 y s. Quizá la novedad de la argumentación utilizada sea aludir a un lejano fundamento en la doctrina que se expresa con la fórmula *rebus sic stantibus*. El comprador pedía el cumplimiento de un contrato de venta de acciones de S.A. perfeccionado por télex, siendo desestimado en ambas instancias y rechazado el recurso de casación; cabe conjeturar que el vendedor demandado opuso el vencimiento del plazo y su derecho a suspender la entrega de la cosa; la sentencia se limita a decir que el vendedor demandado solicitó la desestimación de la demanda. (G.G.C.)

9. Compraventa: reciprocidad de obligaciones: obligaciones complementarias de reparación de deficiencias: La LGDCU no impide exigir cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas: cumplimiento de la Legislación Civil según art. 7.º.— Al vincular a las partes un contrato de compraventa de inmuebles, se está en presencia de la contraposición de dos prestaciones, entre sí entrelazadas y unidas por la nota de lo sinalagmático, como resulta de los arts. 1124 y 1445 CC al reglamentar la dependencia recíproca entre ambas prestaciones, siguiendo una concepción incluso de carácter popular; en aplicación de tal doctrina la sentencia condena al cumplimiento simultáneo de las obligaciones del vendedor y del comprador, sin que ninguna de las partes tenga obligación de anticiparse en el cumplimiento de su prestación; la aplicación de la LGDCU no significa que las obligaciones complementarias de reparación de deficiencias hubiese de cumplirse antes que las prestaciones de

la parte compradora; en efecto, los preceptos de esta última no impiden que se cumplan las normas del CC sobre compraventa al mismo tiempo que las de la ley especial, la cual en su art. 7.º establece expresamente que no excluye ni su planta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos y conexos, como consecuencia del art. 9.1 CE al declarar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y «al resto del ordenamiento jurídico», de donde se deduce la íntegra aplicación al supuesto discutido de la bilateralidad del contrato de compraventa (STS de 17 de junio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Parece que estamos ante el caso de una abusiva invocación de la Ley de 1984 como norma «para todo» capaz de fundamentar cualquier recurso. Con acierto el tercer FD observa que no establecer el cumplimiento anticipado de las obligaciones complementarias de reparación de deficiencias no significa que el vendedor no haya de cumplirlas, antes bien, el comprador sólo tiene que exigir el cumplimiento de la sentencia, aunque sin poder impedir el juego de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones principales (G.G.C.)

10. Entrega a cuenta del precio de una compraventa: arras confirmatorias.— Lo pactado fue la resolución del contrato por impago del precio aplazado —que habría de regirse por lo dispuesto en el art. 1.504 CC al ser objeto de la venta una participación indivisa en un inmueble— y la cantidad abonada al celebrarse el contrato —las 500.000 pts.— se integra en el precio convenido (S de 11 de diciembre de 1993), sin que conste en absoluto la voluntad de las partes de atribuirle el carácter de arras penitenciales ni ser aplicable al caso lo dispuesto en el art. 1.454, que no constituye una norma de derecho necesario (SS de 10 de marzo de 1986 y 3 de octubre de 1992, entre otras).

Existencia de mandato verbal, lo que excluye la necesidad de retificación posterior de *dominus*.— Viene a reconocerse la actuación del Letrado Sr. Mas como mandatario de ambos cónyuges «con independencia de que se aclare en el momento procesal oportuno cómo se produjo», algo que no se realizó y así en su escrito de resumen de pruebas (art. 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) nada se dice al respecto. Ha de decaer, pues, el motivo con solo añadir que no esta en cuestión si la Sra. Oto ratificó o no (art. 1727) la actuación del Letrado, sino que lo declarado probado, por vía presuntiva, es que este era mandatario verbal de aquélla para la remisión notarial de la carta del modo como se realizó.

Acreditación del consentimiento tácito del cónyuge respecto de la venta de un bien ganancial.— No ha de prosperar tampoco este motivo porque: a) Es doctrina jurisprudencial —así, SS de 17 de julio y 22 de diciembre de 1993— que, en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los conyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tacita o presunta, incluso posterior al negocio y también ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio; y b) En este caso, la manifestación de ambos conyuges, a través de la actuación del Letrado Sr. Mas, de su voluntad de «rescindir» el contrato en los términos que constan en la carta remitida notarialmente, es determinante de la certeza del asentimiento de la esposa a la enajenación operada, hasta el punto

de que se pone a disposición de la compradora «la cantidad de un millón de pesetas, como el doble de las arras», dato sumamente significativo independientemente del error jurídico de entender que habían mediado tales arras. (STS de 5 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El marido vendió a una Sociedad una participación indivisa ganancial sobre un inmueble, habiendo recibido 500.000 ptas. a cuenta del precio. Con posterioridad, un abogado, que decía actuar como mandatario verbal del vendedor y su esposa, envió una carta por conducto notarial a la compradora ofreciéndole el pago del doble de la cantidad recibida a cuenta, con la finalidad de dejar sin efecto la compraventa. La compradora demandó a los cónyuges solicitando que se les condenara al cumplimiento junto a otras peticiones complementarias. La esposa del vendedor formuló reconvencción instando acción de nulidad de la venta, por falta de su consentimiento. El Tribunal Supremo mantuvo la decisión de la Audiencia Provincial, admitiendo íntegramente la demanda y rechazando la reconvencción, por estimar que la cantidad entregada a cuenta no tenía carácter de arras penitenciales, y que la esposa consintió tácitamente la venta al autorizar a un letrado para que trasladase a la compradora su intención de dejar sin efecto el contrato celebrado por su marido, sin alegar en ese momento la falta del consentimiento necesario del cónyuge del disponente. (L.F.R.S.)

11. Compraventa de inmueble. Cabida.— El párrafo 1 del art. 1472 CC es aplicable sólo en el caso de que el vendedor, en aquellas ventas hechas por precio alzado, hubiera entregado todo lo pactado, en cuyo caso no cabría reclamación alguna, ni por parte del comprador, aunque esa cabida sea en realidad menor, ni por parte del vendedor, si se tratara de una cabida mayor.

En el supuesto que analizamos, si bien se trataba de una compraventa de las llamadas de cuerpo cierto por un precio de 20 millones de pesetas, el vendedor está obligado a entregar no la cabida señalada en el contrato, sino la que en realidad física tenga circunscrita por los linderos del inmueble. Aunque en la escritura pública se señalaba una superficie de 372 metros cuadrados, se acreditó que la verdadera extensión era 245 metros cuadrados de los cuales 32 metros cuadrados no pudieron ser entregados porque fueron vendidos con anterioridad a un tercero. Por lo que nos encontramos ante el supuesto recogido en el párrafo II del art. 1471 CC que contempla la situación en el que el vendedor no ha podido entregar al comprador todo lo que se comprende dentro de los linderos y cuya consecuencia es la disminución del precio proporcional a lo que falte de cabida. (STS de 22 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El actor promueve juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad y rectificación de error en la descripción registral de una finca. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia provincial de Cádiz estima parcialmente la demanda, condenando a «Astilleros Españoles, S.A.» a rebajar el precio de la venta, abonándoles el importe proporcional de los impuestos pagados, y absolviéndole respecto a la modificación del asiento registral por falta de *litis consorcio* pasivo necesario, ya que el tercer interesado en la parte del inmueble que no

fue entregada a los actores no fue demandado. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (N.L.C.)

12. Doble venta: Interpretación del art. 1473.— La tipificación de la doble venta requiere, para su existencia, que cuando se perfecciona la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por paro íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto.

Diferencia entre reivindicatoria y tercería de dominio.— Sin negar sus coincidencias y analogías, ambas difieren en sus finalidades principales, pues la reivindicatoria tiende a recuperar la cosa para integrarla efectivamente en el saber dominical del que la ejercita con éxito, en cambio la tercería es una acción meramente declarativa frente al ejecutante y con la demanda deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso, lo que significa que ha de quedar en suspenso su admisión hasta que se presente el título o documento en que se funde, consistiendo en documento público o privado, o en la apariencia y posesión para bienes muebles, sin que le sea lícito al Juez apreciar su validez y eficacia en ese estado del juicio, porque sería prejuzgar la cuestión que ha de resolver en la sentencia.

Nulidad de asiento contradictorio: art. 38 LH: No procede.— Según doctrina reiterada, si se esgrime por el tercerista un mejor dominio del aducido, en su caso, en el procedimiento ejecutivo, por el deudor embargado, es obvio que en la pretensión del tercerista de sobreponer su titularidad a la del deudor ejecutado, se está ya dentro del derecho sustantivo, aspirando a una declaración de su mejor dominio, lo cual, si prevalece, llevará consigo la proyección aniquiladora de la constancia registral del derecho así vencido, cuya verdad sólo opera *iuris tantum*, la cual deberá decaer sin que se prevea una acción autónoma o concurrente instando la nulidad del título. (STS de 2 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La dirección que se acepta en la interpretación del art. 1473, aun siendo minoritaria en la jurisprudencia, no deja de tener manifestaciones desde mediados de siglo (v. GARCÍA CANTERO, *Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.ª ed. p. 264). (G.G.C.)

13. Compraventa de bienes inmuebles. Saneamiento por gravámenes ocultos. La existencia de servidumbre no aparente, que se matuvo oculta para el comprador, constituye presupuesto de aplicación del art. 1483 del CC y vulnera el principio de buena fe contractual. El precio de compra es inoperante a los efectos de obtener la reparación indemnizatoria y la rescisión del contrato.— En la escritura de compraventa del inmueble no se hace constar nada respecto al gravamen controvertido, por lo que en la fecha de tal acto traslativo público, documentalmente permanecía oculto y la recurrente careció de constancia escrita para saber de su existencia. El gravamen existió y persiste posteriormente y, por tanto, se da un estado de ocultación suficientemente justificado, lo que es cuestión distinta de la interpretativa por vía indiciaria de que hubiera tenido acceso a su conocimiento la sociedad que recurre. Los demandados no probaron suficiente y cumplidamente que la ser-

vidumbre permaneciera visible y fuera su anuncio notorio y apreciable por indicios exteriores manifestados, como es exigencia del art. 532 del CC, pues, asimismo, también carece de constancia registral.

Los demandados no eran desconocedores del gravamen que ocultaron en el momento de vender a la recurrente, por lo que, al no ser aquel visible, la conclusión lógica consecuente es de que la adquirente no llegó a tener conocimiento de su existencia, conforme queda explicitado, pues nada se probó al respecto. También la buena fe contractual es eficaz en cuanto a que debe concurrir en los vendedores y les impone ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten, presentándose la buena fe contractual como objetiva en cuanto se refiere a comportamientos justos y adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (SS de 3 de diciembre de 1991 y 9 de octubre de 1993), necesitando su vertiente jurídica opuesta (mala fe) el apoyo en hechos que han de ser expresados como probados (SS de 10 de abril de 1956, 5 de julio de 1985, 22 de octubre de 1991 y 12 de marzo y 8 de junio de 1992) a efectos de su necesaria valoración como situación jurídica negativa efectivamente concurrente.

La aplicación del art. 1484 del CC exige la concurrencia de necesarios presupuestos (S de 25 de abril de 1983), los que, conforme a lo que se deja analizado, se han producido en este caso. Sucede que ha tenido lugar compraventa de bien inmueble, plasmada en escritura pública, el cual se halla afectado por la estación transformadora eléctrica de referencia, en configuración jurídica de servidumbre no aparente, que se mantuvo oculta para la sociedad compradora, pues no se probó, que la conociera al tiempo de celebrar el contrato y que los vendedores no pusieron en conocimiento de la contraparte, como era su deber de lealtad contractual.

De este modo queda por determinar si el gravamen contiene intensidad suficiente e importante, para llegar a la presunción que la norma establece, de que de haberlo conocido la adquirente hubiera o no desistido de comprar la finca. Se trata de seguir criterios objetivos, que han de ser apreciados como cuestiones de hecho.

En este sentido, el precio resulta marginado en el art. 1483 CC e inoperante a los efectos de la procedencia de las acciones de reparación indemnizatoria y rescisoria que prevé. A la finca objetivamente no le afecta el precio y se trata de valor fijado por la adquisición de bien libre de cargas. El precepto no lo tiene en cuenta pues no lo cita, lo que sí decreta el art. 1484, y en cuanto al saneamiento por vicios ocultos, es la alternativa de satisfacer menor precio. (STS de 8 de junio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La demandante, entidad S., S.A., solicita reparación económica-indemnizatoria, al amparo del art. 1483 CC, por consecuencia de la existencia de una servidumbre de conducción y transformación eléctrica, ubicada en el inmueble casa-fábrica, sita en las calles Luna Cardona 11 de la ciudad de Barcelona, que adquirió por medio de escritura pública otorgada el 29 de junio de 1988, a los demandados don Javier y don Andrés G. F y doña Victoria B. M. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia, estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de indemnizaciones en proporción a sus participaciones en la finca. (P.J.F.L.)

14. La resolución de un contrato al amparo del art. 1124 CC no requiere pacto expreso en tal sentido.— «Parece entender la recurrente que para que se declarase la resolución del contrato celebrado entre las partes que era necesario que así se hubiese pactado entre las partes; tal tesis carece de todo apoyo legal y jurisprudencial y en este sentido es claro el art. 1124 al decir que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas...”».

Alcance del art. 1504 CC. Necesidad, para su juego, de requerimiento judicial o notarial.— «...ha sido proclamado por la doctrina de esta Sala que, en sentencia de 26 de enero de 1987 dice “que el art. 1504 del Código Civil no establece, como pretende el recurrente, que para que proceda la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio convenido, sea requisito ineludible que así se haya estipulado en la convención, ya que lo único que previene es que, no obstante la posible existencia del pacto comisorio, la resolución no operará al igual que en el supuesto en que no se haya estipulado, interin el comprador no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial y que hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término».

El señalamiento de interés de demora o la existencia de cláusula penal no impiden la resolución de un contrato por incumplimiento.— «...el señalamiento de un interés de demora o el establecimiento de una cláusula penal no priva al contratante cumplidor de la facultad de instar la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la otra parte».

Conductas susceptibles de ser calificadas como incumplimiento contractual imputable.— «En orden a la calificación como de incumplimiento contractual imputable a la parte tiene declarado esta Sala en S de 4 de marzo de 1992 que “no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que lo origine—obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991) siendo, en definitiva aplicable el art. 1504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (S de 20 de diciembre de 1989)”. Y la de 23 de abril de 1992 afirma que “basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple no actúe de la misma manera, produciendo incumplimiento del contrato, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto obligacional relacionante o de no prestación de lo debido, por decisión de su voluntad, que no es precisamente positiva, sino negativa en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación aplicable y concurrente para ello, colocándose de esta manera bien expresamente o por deducción de sus actos y conductas acreditadas en postura manifiesta de oposición a cumplir lo convenido y obligó por su actuación en línea de mala fe (art. 1528 del Código Civil)”; doctrina que ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores». (STS de 26 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Declara el Juzgado la resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa de fincas urbanas a instancia del vendedor. Desestima la Audiencia la apelación del comprador. Inter-

pone éste recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

15. Calificación de los negocios de acceso directo a la propiedad por el régimen de la legislación de viviendas protegidas.— Estos contratos son calificados como compraventa de inmuebles, y por tanto su resolución sólo puede operar cuando se den las previsiones legales del CC.

Requisitos para el ejercicio de la facultad resolutoria previstos en los arts. 1124 y 1504 CC. Inexistencia de incumplimiento por parte del contratante que pide la resolución.— El TS desestima el motivo de casación alegado por la entidad vendedora y demandada CODUP, S.A., de no haberse apreciado la resolución operada por medio de acta notarial, en base a una reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 21 de mayo de 1986, 29 de febrero de 1988, 21 de octubre de 1989, 13 de marzo de 1990, 21 de febrero de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 2 de junio de 1992, entre otras), que exige para que sea procedente la resolución, que no se dé por quien la ejercita, una situación de incumplimiento previo, que motive a la otra parte a incumplir sus obligaciones en una aptitud de defensa de sus intereses.

Se requiere para que pueda ejercitarse con éxito la resolución, que la parte contra la que se dirige tenga la condición de exclusiva incumplidora de la obligaciones derivadas del contrato que se pretende resolver. Probado el hecho del incumplimiento previo por su parte se determina inoperante la resolución pretendida.

Además manifiesta que no es preciso para que sea posible la resolución que ese incumplimiento esté manifestado por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, sino que lo decisivo es que se produzca una frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria. (STS de 4 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— CODUP, S.A., vendió en documento privado unas viviendas de protección oficial, en dicho contrato se pactaron una serie de obligaciones que los compradores consideraron incumplidas, por la falta de la adecuada liquidación de cuentas, ya que ni se determinó ni justificó el precio oficial definitivo por metro cuadrado útil, se incluyeron cantidades que no correspondían pagar a los compradores, y sin que se efectuara la revalorización de las cantidades entregadas a cuenta del precio definitivo. Requeridos los compradores para el otorgamiento de escritura, y entrega de llaves, previo pago de la liquidación final, éstos no comparecieron en la Notaría. Resultando de dicha incomparecencia y la falta de pago del precio definitivo y otras cantidades exigibles, que la entidad vendedora mediante acta notarial, procediera a la resolución de los contratos de compraventa.

Los compradores instan juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se eleve a escritura pública el contrato de compraventa o subsidiariamente se declare la resolución del mismo, con el resarcimiento de daños y abono de intereses. En Primera y Segunda Instancia

se condena a la entidad demandada CODUP, S.A. a la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa.

En el recurso de casación planteado por ésta, se denuncia la infracción, de los arts. 1124 y 1504 CC, en la medida en que la sentencia de apelación no estimó la resolución que tuvo lugar por medio de acta notarial, de los contratos cuya elevación a escritura pública a resolución se pide por la parte demandante. (M.I.M.P.)

16. Moderna doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento del comprador de inmueble.— Tiene declarado esta Sala en la más moderna y ya consolidada jurisprudencia que es aplicable el art. 1504 CC a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero o injustificado (SS, entre otras de 20 de diciembre de 1989 y 4 de marzo de 1992), no siendo preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero y 16 mayo 1991); debiendo tenerse en cuenta que la declaración de la existencia o no de incumplimiento por los obligados es una cuestión de hecho que ha de ser respetada por esta Sala en tanto no sea desvirtuada por la vía procesal idónea.

No hay voluntad contraria al pago cuando se ofrece el pago de lo que se cree adeudar y se afianza la diferencia.— Afirmado en la sentencia combatida, sin que ello haya sido atacado convenientemente en este recurso, que «el impago en el supuesto de autos se hacía con referencia a un precio discutido sobre el que mantenían divergencias las partes», divergencias derivadas de las contrapuestas interpretaciones que las partes en conflicto daban a los referidos contratos de compraventas, no puede estimarse la existencia de una voluntad de los compradores obstativa al cumplimiento del contrato, existiendo en el presente caso una justa causa sanadora de esa conducta, como así se entendió en sentencia de 6 de noviembre de 1987 ante «las dudas acerca de la cuantía de lo adeudado sólo desvanecidas después de las pruebas practicadas en autos, todo lo cual no permite asegurar la concurrencia de una voluntad de incumplimiento por parte del comprador», pues como se dice en la sentencia de 6 de marzo de 1987, «en tanto ese elemento contractual (se refiere al precio) no se complete, no es posible hablar de una voluntad deliberadamente rebelde del comprador al pago del precio, presupuesto necesario de la resolución contractual»; por otra parte constan acreditados en autos los ofrecimientos por los compradores al Ayuntamiento vendedor de las cantidades que ellos estimaban justas y de afianzar hasta la cantidad reclamada, lo que revela sus disposición a cumplir lo pactado, sin que pueda exigirse a aquellos la consignación de esas cantidades lo que supondría imponer un plus no justificado a quien manifiesta una voluntad cumplidora de sus obligaciones.

Incumplimiento de ambas partes que motiva compensación de indemnizaciones.— Declarando por la Sala de instancia la existencia de un incumplimiento por ambas partes contratantes de sus recíprocas obligaciones, determinante de la compensación de los daños y perjuicios por unos y otro reclamados como consecuencia de esos incumplimientos, no se infringe por el Tribunal de apelación el precepto citado en el motivo sino que se aplica rectamente el párrafo último del art. 1.100 CC, al entender que el incumplimiento

de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra, por lo que no puede prosperar este motivo.

Carácter imperativo de los preceptos dedicados a las costas procesales.— Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores de la imposición de costas y más concretamente el art. 523, inspirado en el principio del vencimiento objetivo, son de inexcusable y obligada aplicación por el Juzgador sin que su aplicación venga regida por el principio dispositivo, por lo que no es necesaria la petición de la parte para que en la sentencia se hagan los pertinentes pronunciamientos sobre cual de las partes litigantes ha de soportar el pago de las costas causadas. (STS de 2 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El Ayuntamiento de Almarza fue demandado por los compradores de unas viviendas, que pedían que se declarasen improcedentes las resoluciones de los contratos de compraventa efectuadas por el demandado, y que se condenase al Ayuntamiento a otorgar las escrituras de compraventa, con entrega de llaves de las viviendas, y a pagar indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento. El Ayuntamiento contestó la demanda y formuló reconvenición solicitando que se declarase procedentes las resoluciones de las compraventas y, subsidiariamente, se declarase la fijación de un determinado precio de las mismas, y, en uno u otro caso, que se condenara a los actores a indemnizar al demandado reconviniente. Todos los órganos judiciales dieron la razón a los compradores, salvo en lo referente a la declaración de condena a indemnizar daños y perjuicios, al considerar que existía compensación de indemnizaciones, debido al incumplimiento de ambas partes. (L.F.R.S.)

17. Las donaciones *mortis causa* se caracterizan por la permanencia del donante en el dominio y libre disposición de la cosa donada.— El donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación el momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece.

La donación *mortis causa* exige para su validez la forma testamentaria.— Había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no se llegó a plasmar en realidad al no adoptarse las formas de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento, según previene el art. 620 CC. (STS de 13 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante solicitaba que se declarase que D. E.M.O. le había hecho donación de las acciones que representaban el 100% del capital de la sociedad de que éste segundo era propietario; con la intención y el común acuerdo de que tal decisión se ejecutara sólo después del fallecimiento del donante. A estos efectos D. E.M.O. dirige una carta a su amigo en la que hace constar de forma clara, indubitada y expresa su voluntad de donar al actor tales acciones de que era único titular y procede posteriormente a firmar «en blanco» los papeles de la transmisión de acciones ante un corredor de comercio, con instrucciones para que éste entregara la documentación completa al beneficiario

tras su fallecimiento. Producido el fallecimiento los herederos y el albacea se oponen a la pretensión del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima las pretensiones del actor, sentencia que es confirmada por la Audiencia Provincial; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto contra tal sentencia. (C.P.A.)

18. Donación onerosa. Interpretación del contrato.— La literalidad de las palabras no obliga a los Tribunales a la hora de determinar la verdadera naturaleza y calificación correspondiente a las relaciones contractuales, motivo por el cual, su actividad debe centrarse en la búsqueda de la verdadera intención de las partes. En el caso concreto el Tribunal estima que existe donación onerosa por una doble razón: en primer lugar, porque en diferentes certificados municipales, al Ayuntamiento en cuestión, supedita claramente su adhesión al contrato a la gratuidad de la cesión del inmueble; y, en segundo lugar, porque, aunque es cierto que los cedentes se reservan temporalmente la explotación de algunos de los locales, negocios y servicios del inmueble cedido, resulta manifiesto que el valor de lo donado es muy superior a la prestación reservada.

Forma en las donaciones.— «A las donaciones onerosas o modales se les aplica el régimen unitario propio de las donaciones, no obstante, el confuisionismo que parece crear el art. 622 CC que ha sido superado jurisprudencialmente, al relacionarse dicho precepto con el art. 619 CC». Ello determina que, tratándose de un bien inmueble y de conformidad con lo establecido en el art. 633 CC, resulte necesario para la validez y eficacia del contrato su otorgamiento en escritura pública. (STS 24 de septiembre de 1991; 26 de mayo de 1992; y 25 de octubre de 1993)».

Caracterización de la escritura pública como documento público.— Los documentos públicos pueden ser judiciales, notariales y administrativo-oficiales. Las escrituras públicas, en cambio, son las que requieren intervención del fedatario notarial, por lo que no todo documento público es escritura, y por consiguiente, garantiza el cumplimiento de la forma *ad solemnitatem* establecida en el art. 633 CC. En el supuesto en cuestión, el documento no resulta expedido por funcionario público, ni otorgado notarialmente, por lo que nos encontramos ante un documento privado perfectamente conformado como tal, pero que dadas las características del negocio celebrado, y en aras a una mayor seguridad jurídica, queda desprovisto de toda eficacia (STS de 7 de mayo de 1993). El efecto consiguiente será la liberación de sus obligaciones para los cedentes-donantes (STS de 31 de mayo de 1982 y 9 de mayo de 1988).

Comunidad Civil: legitimación. Conversión posterior en comunidad horizontal.— El art. 7. 3 LOPJ reconoce legitimación, no sólo a las corporaciones y asociaciones, sino también a los grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. A lo que debe unirse la legitimación complementaria sobrevenida, una vez que se constituye en comunidad horizontal, lo cual ratifica y complementa la que en un principio les fue reconocida. (STS 27 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El Ayuntamiento de Blanes interpone juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Rosa María V. P., don Alfredo I. P., don Juan José I. D., don Román I. S. y doña María V. de la P. como titulares registrales de la finca sita en la localidad de Santa Coloma de

Farmers y en la que actualmente se encuentra ubicado el Mercado Central, solicitando se declare su derecho de propiedad por cesión onerosa, y consiguientemente, que se proceda a la rectificación registral oportuna. Posteriormente se plantea y estima una cuestión incidental en la que se declara que debe ser tenida como parte en el proceso de la Comunidad de Propietarios del Mercado Central, que acude representada en la persona de su presidente y reconviene solicitando se declare que el dominio de la finca corresponde a la Comunidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento, y estima parcialmente el presentado por la representación de la Comunidad declarando que la propiedad actual del solar y edificio en cuestión pertenecen a los titulares registrales de las fincas, los cuales forman una comunidad de propietarios sometida a la LPH. Contra la sentencia se formaliza recurso de casación que resulta desestimado. (F.E.S.)

19. Contrato de obra: responsabilidad por ruina: vicios ruinógenos.— El concepto de ruina a que se refiere el art. 1591 CC es extensivo a la estimación de los graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la obra como impropia para la finalidad a que se destina, los cuales exceden de los vicios ocultos de la cosa vendida y tampoco integran la acción indemnizatoria por defectuoso cumplimiento de contrato.

Responsabilidad de los arquitectos.— Impuesta *ex lege* y con carácter forzoso la intervención de determinadas profesiones facultativas en el proceso constructivo, han de caracterizarse paralelamente como deberes del mismo origen aquellos que les vengán intimados desde su *status* profesional o dentro del mismo, ya por la índole de cada especialidad y correlativa esfera de incumbencias, como por estar éstas reguladas y atribuidas como privativas facultades y competencias; según doctrina de esta Sala, la responsabilidad de los Arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del Arquitecto siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción esta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de estos profesionales; en el presente caso, si bien es cierto que en el Libro de Ordenes, reproducido por desaparición del primeramente abierto, figuran instrucciones al contratista para la reparación de los defectos observados, no es menos cierto que tales instrucciones no fueron atendidas, sin que conste que los Arquitectos demandados adoptasen ninguna otra medida frente al constructor, sino que consintieron la inactividad de éste y, reconociendo la existencia de los vicios ruinógenos otorgan certificado de fin de obra para que la sociedad promotora tramite al expediente de calificación definitiva de las viviendas, dando así lugar a la subsistencia de defectos, lo que ha de calificarse como conducta negligente contraria a la función de garantía técnica que su intervención en la construcción comporta.

Pactos con terceros de limitación de responsabilidad.— La responsabilidad *ex lege* de los Arquitectos directores de la obra por ruina del edificio debida a causa de ellos imputable no puede ser alterada frente a los perjudicados por pactos con terceros.

Costas.— Estimada parcialmente la demanda en primera instancia y limitada la revocación en apelación a modificar el *quantum* de la indemnización, no procede hacer imposición de las costas de aquélla, por aplicación del párr. 2.º y no el 1.º del art. 523 de LEC. (STS de 27 de junio de 1994; ha lugar en parte). (G.G.C.)

20. Exclusión de las imperfecciones corrientes del ámbito del art. 1591 I CC.— Junto a los vicios en la construcción que entran en el concepto de ruina del art. 1591 I CC, se encuentran también los defectos constructivos menores denominados «imperfecciones corrientes» los cuales no generan la ruina del edificio construido. La acción para resarcirse de los daños ocasionados por este tipo de defectos debe ejercerse a través del art. 1101 CC.

Función y responsabilidad del arquitecto a tenor del art. 1.591 I CC.— Aun cuando el ordenamiento no prevé expresamente cuál es el deber del arquitecto en la construcción, se pueden inferir del que incumbe a los aparejadores. En este sentido, su misión no se limita a la elaboración del mero proyecto técnico, sino que se extiende también a una función de vigilancia y de dirección en la construcción.

Solidaridad de los responsables de la construcción en el resarcimiento de los daños ocasionados por la ruina del edificio.— Cuando no es posible determinar individualmente al causante del daño ruinógeno, y, por lo tanto, no se puede estimar el grado de culpa imputable a cada uno de los que intervinieron en la construcción, ha de admitirse una responsabilidad solidaria de todos ellos. En cualquier caso, éstos pueden posteriormente iniciar las actividades judiciales pertinentes con el objeto de establecer entre sí el alcance de sus propias responsabilidades. (STS de 22 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se reclama una determinada indemnización por los daños ocasionados por la defectuosa construcción de un conjunto de edificios. Tales defectos no amenazaban ruina de la construcción y consistían en desperfectos en las cubiertas, fisuras, saneamiento del garaje, y otros de similar factura.

El Juzgado de Primera Instancia accede a las pretensiones manifestadas por los demandantes, pero no así la Audiencia Provincial que exime de responsabilidad por la causación de ciertos de aquellos daños a los demandados. El TS desestima el recurso interpuesto por varios de los demandados.

NOTA.— Junto al concepto estricto de ruina, como destrucción total o parcial del edificio, la jurisprudencia ha creado el de «ruina funcional», el cual tiene como premisa básica la existencia de un error en la construcción de la edificación que, previsiblemente, puede llevar en el futuro a una ruina equiparable a la primera, o que la hace inútil para el fin que le es propio (p. ej., defectos en la cubierta de manera tal que se produzcan humedades). En esta sentencia, el TS añade la noción de «imperfecciones corrientes», las cuales se caracterizan porque no implican ruina en cualquiera de los sentidos que acabamos de ver.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, el TS no hace sino confirmar un justo criterio que ya ha señalado en otras sentencias anteriores. (J.C.E.L.)

21. Prescripción de la facultad y acción del arrendador para elevar la renta en los términos convenidos en una cláusula de estabilización: supuestos.— «El primer motivo del recurso acusa infracción del art. 101-1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 y se funda esencialmente en que este precepto “excluye de la Prescripción la facultad y acción del arrendador para elevar la renta”, que infiere de que, conforme al mismo, “la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan podrán ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efecto retroactivo”.— El motivo debe prosperar aunque no con la amplitud como se plantea, dado que: a) Es errónea la tesis de la Audiencia al entender que el plazo prescriptivo de quince años es aplicable a “la pretensión de exigir la elevación de renta contractualmente pactada” sin distinguir la facultad de solicitar el aumento de su concreta operatividad al darse sucesivamente los presupuestos del mismo según la cláusula de estabilización, pues el hecho de que no se ejercite la facultad de aumentar la renta durante algún tiempo no priva de eficacia a la cláusula cuya vigencia se extiende a todo el tiempo de duración del contrato; y b) No así, por el contrario, las concretas elevaciones de renta que, por razones de seguridad jurídica, determinantes del propio instituto de la prescripción son susceptibles de ésta, de donde se sigue, en el caso que nos ocupa, que los aumentos de renta que pudieron derivarse de la aplicación de la cláusula segunda del contrato con anterioridad al 22 de junio de 1974 —el requerimiento de la arrendadora se realizó el 22 de junio de 1989— se hallan ciertamente prescritos por aplicación de la normativa general de los arts. 1964 y 1969 del Código civil, que no se ve excluida por la posibilidad de ejercitar el derecho en cualquier tiempo, se reconoce, pero sin perjuicio de la posible prescripción; por tanto, el motivo debe estimarse en cuanto a los aumentos pertinentes posteriores a la indicada fecha a los que, ha de insistirse en ello, se aplica el criterio legal del art. 101-1 de la Ley arrendaticia sobre el ejercicio de la “facultad del arrendador para elevar la renta” en cualquier tiempo, pero sin efecto retroactivo». (STS de 28 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Recurre al Juzgado la arrendadora de un inmueble solicitando se declare la resolución del arrendamiento o, alternatively, la revisión de la renta de acuerdo con lo establecido en el contrato. El Juzgado estima la petición alternativa. Apela el arrendatario y su recurso es estimado íntegramente por entender la Audiencia que, en aplicación del art. 1964 CC, ha transcurrido el plazo de 15 años desde que el arrendador pudo reclamar su derecho. Interpone recurso de casación la arrendadora. El Tribunal Supremo lo estima. (R.G.S.)

22. Contrato de arrendamiento urbano. Elevación de la renta.— Son lícitas las cláusulas de estabilización de rentas recogidas en los contratos de arrendamientos aunque únicamente contemplen una elevación de la renta de acuerdo al índice ponderado del coste de la vida. El cálculo de dicha elevación se realizará, no sobre la renta contractual, sino sobre la renta revisada.

Es doctrina reiterada por esta Sala que el art. 101-1.º de la LAU 4104/1964 no da efecto retroactivo al aumento de rentas pedido, produciéndose el efecto elevatorio desde el momento en que se ha efectuado la reclamación.

En el caso que analizamos únicamente queda constancia documental fehaciente de la notificación al arrendatario del aumento de renta a partir de mayo y junio de 1983, por lo que el arrendatario sólo pagará a partir de entonces la diferencia entre las rentas existentes y las que debía haber pagado aplicando la subida pactada sobre las rentas revalorizadas.

Cuando el aumento de renta deriva de un pacto contractual, como en el presente caso, no es aplicable a la acción para exigir dicho aumento el plazo de caducidad establecido en el art. 106-1.º de la citada LAU, sino el plazo prescriptivo del art. 1964-1.º CC. (SS TS de 23 de junio de 1986, 4 de febrero de 1987, 20 de octubre de 1988, etc.). (STS de 29 de septiembre de 1984; ha lugar).

HECHOS.— Rosario T. P realiza un contrato de arrendamiento con la entidad «AUTO SPAIN, S.A.» en la que establecen contractualmente una cláusula por la que se autoriza una revisión anual de la renta de acuerdo con los índices ponderados del coste de la vida.

La actora promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre revisión de rentas y abono de la cantidad determinada por dicha revisión ascendiendo a 6.482.180 pesetas. EL Juzgado de Primera Instancia estima la misma, salvo en lo referente a la devolución de la cantidad consignada percibida por el actor. Recurrida la sentencia por «AUTO SPAIN S.A.», la Audiencia, estimando en parte la demanda, declara la validez de la cláusula de revisión anual que se aplicará sobre la renta revisada. Interpuesto recurso de casación, por D.ª Rosario, el TS declara haber lugar al recuso, obligando a la entidad a abonar la diferencia entre las rentas satisfechas y las que correspondía pagar a partir de la notificación del aumento de la renta. (N.L.C.)

23. Arrendamiento urbano. Eficacia e interpretación de la cláusula por la que el arrendatario se hace cargo de las repercusiones que correspondan a las obras generales que se realicen en el inmueble.— Respecto a la primera de las cuestiones y atendiendo a la fecha del contrato (26 de junio de 1983) resulta incuestionable la validez de la cláusula en virtud del amplio margen que, en materia de rentas, se reconoce a la autonomía de la voluntad de los particulares en los arts. 97 y 98 de la LAU (con posterioridad al Decreto de 1964). En cuanto a la interpretación, señala el Alto Tribunal que, de la literalidad de la cláusula y de la intención de las partes parece lógico entender que la cláusula no limita su ámbito a las obras que se realicen en el espacio comprendido en el local arrendado, sino en el marco más extenso que representa la totalidad del inmueble en el que aquél se encuentra ubicado.

Calificación de obra necesaria.— La dicción del art. 108 del Texto Refundido de la LAU aprobado por Decreto 4101/64 de 24 de diciembre, permite extender su contenido, no sólo a las obras necesarias a fin de conservar la vivienda o local en estado de servir para el uso convenido, sino, también, a las que se realicen por determinación de cualquier organismo o autoridad competente. En el caso concreto, se trata de obras que afectan a elementos comunes realizadas por orden del Ayuntamiento.

Repercusión de las obras.— El art. 1258 CC extiende la obligatoriedad del contrato, no sólo al cumplimiento de lo pactado de manera expresa, sino, también, a las consecuencias que conforme a la buena fe, el uso y la ley se desprendan del mismo. Mientras que el art. 1256 CC especifica que la validez y

el cumplimiento contractual no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Por todo ello, se debe integrar la voluntad contractual, entendiéndose que, a falta de acuerdos, serán de aplicación las repercusiones legalmente establecidas (art. 108 LAU), esto es, el 12% anual del capital invertido, hasta el tope del 50% de la renta anual. (STS de 28 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Tiburcio M. C., en su condición de arrendador, promueve procedimiento incidental de reclamación de cantidad, frente a don Elviro H. O., arrendatario, con el objeto de repercutir las obras recientemente realizadas en el inmueble donde se encuentra el local arrendado, a requerimiento del Ayuntamiento de la localidad. Entre las condiciones del contrato de arrendamiento de fecha 27 de julio de 1983, se establece que será de cuenta del arrendatario las repercusiones que correspondan por obras generales que se realicen en el inmueble. El demandado se opone por considerar que cuando en dicha cláusula se habla de inmueble se esta refiriendo exclusivamente a las obras que se efectúen en el local arrendado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Resolución que resulta revocada por la Audiencia Provincial. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (F.E.S.)

24. Arrendamiento de local de negocio. Instalación de máquinas recreativas. Interpretación del contrato, consentimiento del arrendador. Resolución.— La aplicación y observancia de la causa resolutoria 5ª del art. 114 del Texto refundido de 24 de diciembre de 1964 por el que se aprueba la Ley de Arrendamientos Urbanos, no queda exonerada ni por la circunstancia de que la actividad negocial no estuviese excluida del ámbito contractual arrendaticio, ni por las disposiciones que en el orden administrativo regulan la concesión y explotación de las máquinas recreativas (en el caso en cuestión la empresa propietaria de las máquinas obtuvo la oportuna licencia de apertura y funcionamiento de Salón en el local), puesto que, la sanción resolutoria se encuentra en función de la introducción de un tercero en el local de modo distinto al autorizado legalmente. Lo esencial, a estos efectos, será, por un lado, determinar si la explotación del negocio de las máquinas la realiza exclusivamente el arrendatario, o se cede en todo o en parte al propietario de las mismas, y, por otro, establecer el volumen de negocio que las mismas representan.

Consideración de la instalación y explotación de máquinas recreativas por un tercero como contrato de subarriendo, o como simple actividad complementaria de atracción de clientela.— Recogiendo la doctrina derivada de la sentencia de 10 de octubre de 1991, el Tribunal Supremo no permanece ajeno a la realidad social que manifiesta la existencia generalizada en locales de negocio de máquinas y servicios de diverso tipo (tabaco, teléfonos, dulces, etc.) pertenecientes y explotadas por distinto dueño. Tiene presente que dichos elementos extraños al contrato contribuyen o complementan lo necesario para un moderno desarrollo de la actividad comercial, pero debe evitar que este criterio tolerante ampare supuestos en los que las máquinas o servicios, por su entidad, lleguen a desnaturalizar el objeto y el carácter del arrendamiento, a alterar la actividad económica del negocio por no ser proporcionados al resultado del mismo. (STS de 18 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Roberto F. G., en su condición de arrendador, formula demanda de juicio incidental de la Ley de Arrendamiento Urbanos contra doña Victoria Aridane D. R., arrendataria, sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio al amparo del n.º 5 del art. 114 de aquella Ley (según la redacción dada por el Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964), por haber permitido la arrendataria a un tercero, «Automáticos Canarias S.A.», la instalación y explotación en el local arrendado de un salón de máquinas recreativas, sin encontrarse legalmente autorizado para ello. La pretensión fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia declarando resuelto el contrato. Resolución que confirma la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.— El Tribunal Supremo retoma la doctrina sentada en las SS de 21 de febrero 1991, 10 de octubre de 1991 y 31 de octubre de 1992, en atención a la cual, el criterio determinante para diferenciar el contrato de subarriendo y la simple actividad complementaria de atracción de clientela en los supuestos de instalación de maquinaria perteneciente a terceras personas ajenas a la relación arrendaticia, viene determinado por la entidad o importancia económica que presente su explotación en relación con el volumen total del negocio que se realiza en el local. El supuesto en cuestión no ofrece la más mínima duda, puesto que, como bien se señala en la sentencia, en el interior del local aparece inscrito repetidamente y con caracteres muy visibles el nombre de «Automáticos Canarias S.A.», empresa que, a su vez, fue la que obtuvo la licencia de apertura y funcionamiento, así como la que se encarga de explotar las diferentes máquinas instaladas en el local, actividades todas ellas que sobrepasan el calificativo de complementarias, constituyéndose en una auténtica cesión inconstituida. (F.E.S.)

25. Interpretación formal de los requisitos para la legalidad del subarriendo de local de negocio.— De acuerdo con el art. 22.1 de la anterior LAU, la validez de tal acto precisa que el consentimiento del arrendador sea expreso y por escrito. Únicamente puede admitirse un subarriendo en el que no concurren dichas circunstancias, cuando se trate de arrendamientos en cuya fase constitutiva no aparezcan reflejados de manera clara quiénes son los intervinientes.

Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio en función de las causas 2.ª y 5.ª del art. de la anterior LAU.— Para que opere la resolución de un contrato, con base en dichas causas, basta simplemente con que se permita a un tercero que utilice en su propio beneficio el local en cuestión, ya que ello supondría un acto de disposición sobre tal local, ajeno al ámbito de facultades propio del contrato de arrendamiento, por virtud del cual el arrendatario sólo adquiere un derecho de uso. (STS de 29 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se insta juicio de desahucio de local de negocio por subarriendo inconstituido. Sin que haya resultado desmentido por actividad probatoria alguna, los demandados consintieron que un tercero

accediese y utilizase el local para instalar un negocio propio. Frente a este hecho, el arrendador niega cualquier consentimiento expreso o tacito a tal subarriendo.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial y el TS estiman unánimemente las pretensiones del arrendador-demandante, y ordenan la resolución del contrato y que el local quede libre a su disposición.

NOTA.— Aunque el TS parte de forma contundente de una interpretación literal del art. 22.1 de la anterior LAU, conforme a la cual el subarriendo de local de negocio exige que el consentimiento del arrendador al mismo conste de manera expresa y por escrito, parece luego admitir la posibilidad de que dicho consentimiento pueda deducirse también de actos o hechos concluyentes de acuerdo con el art. 1.253 CC. En este sentido, parece que la desestimación del recurso interpuesto por el arrendatario no se debe a la falta de cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el art. 22.1, sino antes bien a la ausencia de una prueba precisa sobre si del comportamiento del arrendador podía deducirse un consentimiento no escrito al subarriendo. Con anterioridad, el TS se ha mostrado favorable a que la constancia por escrito del consentimiento del arrendador al subarriendo de local de negocio no deba exigirse como valor constitutivo del mismo, sino como mero requisito *ad probationem* (STS de 14 de octubre de 1991).

En definitiva, en virtud de esta sentencia el TS deja una puerta abierta a una interpretación flexible de la ley que aligere el peso de las consecuencias a que una interpretación excesivamente formalista podría conducir, y que no se compadece, en absoluto, con el sistema instaurado por la nueva Ley de 24 de noviembre de 1994. (J.C.E.L.)

26. Arrendamientos urbanos. Obras del art. 118 de la Ley Arrendamientos Urbanos. Acción de resolución.— La primera cuestión de índole puramente jurídica, debe de analizarse a través de las sucesivas redacciones que ha sufrido la Ley arrendaticia. La regulación que figuraba en el antiguo art. 155 de la Ley, fue modificada a partir de la Ley de 1956, sustituyendo la expresión «valor de la finca a efectos fiscales», por el contenido actual del art. 118, en el que se habla de «pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio», o «cuando para la reconstrucción de la vivienda o local de negocio se haga preciso la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 % de su valor real al tiempo de ocurrir aquél», etc. Es decir, el legislador hizo la modificación pensando que el edificio en su totalidad puede no estar destruido, afectando la pérdida sólo a una parte del mismo, y sólo se dará la resolución arrendaticia, cuando esa pérdida técnica afecte a la vivienda o al local arrendado, independientemente de lo que ocurra con el resto del inmueble; siempre, claro está, que la parte destruida no afecte tangencialmente a la estabilidad o a las deformaciones del local o la vivienda.

La modificación legal no puede interpretarse de otra forma, y aunque es cierto que existen algunas sentencias de esta Sala, que, siguiendo el tenor de la antigua reglamentación, no hayan interpretado la actual regulación en el sentido literal de la misma, no lo es menos, que la más moderna jurisprudencia ha cambiado de sentido, siendo ejemplo de tal cambio, entre otras, la sentencia de fecha 13 de mayo de 1974) en la que de una forma clara refiere tanto

el importe de las obras, como el valor de lo edificado, a las concretas dependencias cuya resolución arrendaticia se discute. Orientación jurisprudencial que correctamente sigue el Tribunal de apelación. (STS de 7 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado estimó la demanda y declaró resueltos los contratos de arrendamiento, menos uno al que estimando la reconvencción declaró su suspensión por dos meses, mientras duren las obras, desalojo, impago de rentas y derecho a retornar a local de las mismas características. La Audiencia revocó la sentencia y desestimó la resolución de los contratos y estimó la reconvencción salvo de uno de los apelantes. El Tribunal Supremo casó la sentencia y confirmó la de primera instancia. (A.C.S.)

27. Retracto mediante aval bancario.— La exigencia del art. 1618 n.º 2 LEC de que se consigne el «precio» del retracto no se cumple mediante un aval bancario, puesto que éste no es de realización inmediata. El afianzamiento sólo esta permitido en la medida en que el precio en cuestión no sea conocido.

Naturaleza del afianzamiento en el retracto.— De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1618 n.º 2 LEC, la consignación del precio no constituye un mero trámite procesal, sino que es un auténtico presupuesto básico de la eventual adquisición a través del retracto. (STS de 27 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— En un proceso sobre retracto arrendaticio, el demandante realiza la consigna del precio que indica el art. 1618 n.º 2 LEC mediante un aval bancario. A ello se opone la parte demandada. Hay que tener en cuenta que el precio establecido para el retracto era conocido.

El Juzgado de Primera Instancia accede a la petición de la parte actora, pero no así la Audiencia Provincial. El demandante recurre ante el TS y alega, por una parte, que el aval bancario debe ser considerado como dinero en metálico; y, por otra, que, al no habersele permitido la consignación del precio mediante un aval de estas características, se han vulnerado los principios constitucionales de audiencia y defensa procesales. (J.C.E.L.)

28. Arrendamiento Rústico. Naturaleza del contrato.— A pesar de que el contrato fuese calificado por las partes como de aparcería, una correcta aplicación de los arts. 101 y 102 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, lleva al Tribunal a la conclusión de que se trata de un contrato de arrendamiento parciario, puesto que la aportación del cedente se limita a las tierras de cultivo, mientras que corre a cargo del cesionario la aportación de la maquinaria, ganado, capital circulante, etc.

Determinación de Procedimiento. Aplicabilidad de la Ley de 1980 o de la normativa establecida en el Código civil. Condición de profesional de la agricultura.— La aplicación de la Ley especial, con marcada vocación de protección de los agricultores, se encuentra sometida a una serie de requisitos de diversa índole: Unos de carácter subjetivo, representados por la exi-

gencia de la condición de profesional de la agricultura de la persona que pretenda tomar las tierras en arrendamiento (art. 17); Otros de carácter objetivo, que se determinan en función de la extensión de las tierras que se ceden en cultivo (500 Hectáreas de secano o 50 de regadío) (art. 18). En el caso de que no se cumpla con alguno de los mencionados requisitos, la Ley faculta al IRYDA para subrogarse en los contratos habiendo de encomendar en subarriendo el cultivo de las tierras. No obstante, si el IRYDA no hiciese uso de la facultad conferida, la consecuencia no habrá de ser la nulidad, sino el sometimiento a la normativa estipulada en el Código civil. Sin embargo, en el caso de autos, la finca no supera los límites de extensión que la saquen del ámbito protegido, y la condición de profesional de la agricultura, al no existir organismo ni institución alguna que se encargue de expedir títulos, podrá alcanzarse por todo aquél que según el art. 15 se encuentre en plenitud de sus derechos civiles, emancipado o habilitado de edad, se dedique o vaya a dedicarse de modo preferente a la actividad de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. En conclusión, debe entenderse aplicable al caso la normativa de la Ley de 1980.

Resolución del contrato.— El hecho de que con posterioridad a la celebración del contrato no se llegue a alcanzar o se pierda la condición de profesional de la agricultura, constituye una causa de resolución del mismo (art. 76). Por lo demás, queda suficientemente probado el abandono voluntario, la cesión incontestada del uso de la finca, y la circunstancia de haber quedado indeterminados los frutos que constituían las rentas de los años 1987 y 1988 al haber sido retirados unilateralmente por los cultivadores. Todo ello genera la admisión de la solicitud de resolución del contrato en aplicación de los números 1.º, 3.º, 4.º, y 5.º del art. 75 LAR (STS de 19 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Don José Luis y doña. Soledad M. M. interponen demanda en juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento parciario contra don José Luis C. B. y don Francisco Javier R. E., basándose entre otros argumentos en la falta de condición de profesional de la agricultura, impago de rentas y subarriendo incontestado. Solicitando la extinción de la relación arrendaticia, el desalojo, el pago de las rentas debidas, y la realización de una serie de obras destinadas a reparar el deterioro que había sufrido la finca a causa del abandono. La representación de la parte demandada formula reconvencción, solicitando que las referidas obras fueran realizadas a cargo del arrendador, así como, la desestimación de los pedimentos de los actores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial se abstienen de entrar a conocer la cuestión de fondo, por entender que, siendo de aplicación la disciplina contemplada en el Código civil, los litigios que versen sobre dicho contrato no se substanciarán por los cauces del juicio de cognición, sino por el procedimiento ordinario que corresponda en función a su cuantía. La representación de la parte actora interpone recurso de casación que resulta estimado, declarándose resuelto el contrato objeto del litigio. (F.E.S.)

29. Contrato de mediación: Derecho a los honorarios: obligaciones del agente mediador: incumplimiento.— Como norma general y salvo pacto expreso en contrario, el derecho del agente mediador al cobro de su comisión nace desde el momento mismo en que el contrato de compraventa, objeto

de la mediación, queda perfeccionado, sin necesidad de esperar a la consumación del mismo, a la que ya es ajeno el agente mediador; pero esta doctrina jurisprudencial presupone que el contrato de compraventa que se perfeccione corresponda a la verdadera situación jurídica y registral del inmueble o inmuebles que se traten de vender, lo que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria tiene el deber profesional de averiguar y conocer conforme al pár. 2.º del art. 30 del Reglamento de los Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 4 de diciembre de 1969, y de ponerlo en conocimiento de las dos partes, y de responder de la exactitud de los datos que les facilite, nada de lo cual consta se haya cumplido en este caso pues el contrato de compraventa redactado por aquél decía en términos simplistas que las fincas pertenecían en pleno dominio a los esposos vendedores y que éstos las vendían «libres de toda carga y gravamen», cuando en realidad una de ellas pertenecía a una sociedad anónima y estaba sujeta a una condición resolutoria explícita; circunstancias que de haber sido conocidas por el comprador, no hubiera dado su consentimiento. (STS de 4 de julio de 1994; ha lugar).

NOTA.— No puede menos de calificarse de curioso el hecho de que la demanda de reclamación de honorarios, interpuesta por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria, fuera estimada íntegramente en ambas instancias. Los argumentos de la s. extranctada parecen absolutamente convincente a la vista de los deberes profesionales que recaen sobre tales mediadores. (G.G.C.)

30. Representación procesal. Indemnización de daños y perjuicios. Falta de diligencia.— No se combate la argumentación básica mantenida por la sentencia recurrida, que parte de que, aun cuando la carta que el demandado remite al demandante carece de firma o sello alguno, lo que no es suficiente para acreditar que cumplió con su deber profesional, no es menos cierto que tampoco la parte contraria ha acreditado que aquél hubiera dejado de cumplir tal deber, siendo desorbitado exigir de los procuradores que tengan que recoger la firma que acredite la entrega de todos los documentos que pasan por sus manos, máxime si partimos de la confianza en que se basa la relación que les une a sus clientes y a los profesionales encargados de la dirección jurídica (STS de 14 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— D. B.Q.S. interpuso demanda contra D. J.M.^a M.G., con fin de que fuera declarada la negligencia en el proceder del demandado, de resultas de su actuación como procurador de los tribunales en nombre y representación del demandante. El Tribunal de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia provincial admitió el recurso de apelación, revocando la sentencia anterior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P.C.A.)

31. Responsabilidad extracontractual. Duplicidad de indemnización por el mismo daño.— Si la acción ejercitada en este proceso tiene por objeto obtener la reparación por los daños causados por el incendio litigioso y tales daños ya le han sido (en parte) indemnizados por su entidad aseguradora (concretamente, en la cantidad de 3.459.398 pesetas), es evidente que, en evitación

del enriquecimiento sin causa que para el demandante supondría una duplicidad de indemnización por el mismo daño sufrido por el incendio, solamente ha de reconocérsele el derecho a recibir del demandado, aquí recurrente, Sr. S. G., la diferencia entre el importe total de los daños sufridos (6.892.968 pesetas) y la indemnización que ya ha percibido por tales daños (3.459.398 pesetas), o sea, la cantidad de tres millones cuatrocientas treinta y tres mil quinientas setenta (3.433.570 pesetas), y ello sin perjuicio de que, conforme al art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora que ya pagó al actor la referida indemnización (3.459.398 pesetas) pueda ejercitar contra el Sr. S.G. (responsable del siniestro) los derechos y acciones que, por razón del mismo, correspondían al asegurado. (STS de 1 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Con relación a un incendio, don José S.G., en su calidad de propietario de la finca rústica perjudicada por dicho incendio, promovió contra la Sociedad Agraria de Transformación y contra don Félix S.G. el proceso del que este recurso dimana, en el que postuló se condene a dichos demandados, con carácter solidario, a indemnizarle en la cantidad de seis millones novecientos noventa y cuatro mil pesetas. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Audiencia, por la que, confirmando totalmente la de primera instancia, hace este pronunciamiento doble: a) Estima la demanda con respecto al demandado D. Félix S.G.; b) al mismo tiempo, desestima la demanda con respecto a la codemandada Sociedad Agraria de Transformación. Contra la referida sentencia de la Audiencia, los codemandados D. Félix S.G. y Sociedad Agraria de Transformación han interpuesto recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. (A.C.S.)

32. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente de caza.— Según el art. 1902 CC, es claro que sin la concurrencia de culpa no existe responsabilidad. La negligencia a que se refiere dicho precepto puede caracterizarse por la omisión de una normal previsibilidad. En este sentido, resulta negligente el comportamiento del cazador que, sin atenerse a las cautelas previstas en el Reglamento de Caza sobre contacto verbal y visual continuo con otros cazadores, dispara sobre una pieza que corre a ras del suelo, sin haberse asegurado antes de la pérdida de dicho contacto.

Requisitos de existencia de responsabilidad extracontractual.— Además del comportamiento negligente, debe producirse un resultado dañoso y existir una efectiva relación causal entre uno y otro. En el caso concreto que se analiza, la responsabilidad imputable al causante del daño no desaparecería, aunque la pérdida del contacto visual con el grupo principal de cazadores pudiese ser atribuida a la víctima. (STS de 26 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se trata de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de un accidente de caza. En un determinado lugar de monte bajo y matorral, un grupo de cazadores se encontraba cazando conejos según el sistema denominado «a la mano o en línea», el cual se caracteriza por que los cazadores avanzan formando una línea paralela al horizonte.

El demandado, recurrente en casación, dispara contra un conejo, pero al girar hacia atrás para efectuar el disparo, alcanza al demandan-

te, que se había quedado rezagado tras unas matas, de forma tal que éste sufre la pérdida de un ojo. A consecuencia de las heridas recibidas, queda incapacitado para la práctica de su actividad profesional.

NOTA.— El TS resuelve acertadamente la cuestión que le es planteada. A nuestro juicio, sin embargo, en el caso que estamos planteando, la base de la imputación de responsabilidad extracontractual al causante del daño, antes que a la idea de «previsibilidad del daño», responde más bien a la de «creación de riesgo». En cualquier caso, constituye un ejemplo más de cómo la jurisprudencia del TS admite supuestos de responsabilidad extracontractual de corte cuasi-objetiva, en virtud de un deber de control sobre el peligro inherente a una actividad concreta. (J.C.E.L.)

33. Responsabilidad de anestesista. Bradicardia con secuelas de cuadro demencial permanente con anulación de la capacidad física y mental.— El actor ingresó en la Residencia Sanitaria A. para someterse a una intervención quirúrgica de corrección de una desviación de tabique nasal, con estado de salud normal no detectándose ninguna anomalía en el preoperatorio que se le practicó, así como que la intervención, se desarrolló con normalidad hasta que al finalizar se produjo una bradicardia intensa que originó que el anestesista ordenara avisar a otro que le ayudó a que el paciente recuperase el ritmo cardiaco, aunque como secuelas de aquella quedaron afectadas sus facultades físicas y psíquicas presentando un cuadro demencial que va a ser permanente y anula completamente su capacidad física e intelectual, aceptándose por la Sala de instancia que las causas determinantes del daño son imputables en su producción al anestesista que no obró con la debida diligencia en el desempeño de sus funciones.

Prescripción extintiva: *dies a quo*: designación de la esposa como tutora del incapaz.— Ambas sentencias de instancia sostienen que el tiempo para computar el plazo de un año tiene como *dies a quo* la fecha en que después de la declaración de incapacidad fue designada la actora como tutora de su esposo.

Interrupción de la prescripción: doctrina general sobre la intervención de terceros: intervención de la esposa por incapacidad de hecho del marido.— Según reiterada jurisprudencia el instituto de la prescripción al no estar fundado en razones de justicia sino de seguridad jurídica, que deben ceder ante las anteriores, no debe ser objeto de una aplicación rigorista sino que ha de ser entendido con talante restrictivo cauteloso, debiendo valorarse significativamente la actitud del perjudicado de reclamar por exteriorizar un ánimo de hacer efectivo su derecho y no de abandono del mismo; no debe desconocerse, sin embargo, que la reclamación de un tercero no ha de tener relevancia interruptiva de la prescripción cuando active derechos propios y no del perjudicado, ni cuando las acciones ejercitadas son distintas o independientes; en este caso la actora, desde el primer momento en que se produjo el daño a su marido, mantuvo una actividad permanente al solicitar la pertinente indemnización, tanto en vía penal como en vía civil, habiendo acudido a impetrar la tutela judicial para lograr la incapacidad de su esposo así como solicitando autorización judicial para el ejercicio de la acción; existió un indudable propósito de reclamar canalizado, no a través del legitimado activamente, en cuanto

que había sufrido el daño, por incapacidad de hecho de éste, sino con defectuosa técnica jurídica ejercitando la acción en su propio nombre, aunque una vez accionó en representación de la hija menor, en beneficio de a sociedad de gananciales y en representación de su esposo.

Interrupción de la prescripción por ejercicio judicial: valoración de la conducta de la esposa.— La interrupción de la prescripción producida por el ejercicio de la acción ante los Tribunales tiene lugar aunque el pleito no resuelva el fondo del asunto, lo que ocurre si se demanda ante órgano incompetente; próxima a esta situación, aunque no sea la misma, es la de la esposa del perjudicado que si en asunto anterior no consiguió ver coronada por el éxito su pretensión de resarcimiento ello no se debió a que la reclamación no versara sobre la cuestión nuclear que aquí se debate, sino a causa de carencias técnicas en el planteamiento tales como defectos de «representación» que debieron ser sanados, o «falta de acción» o de «legitimación», que aunque sean problemas que se tratan generalmente con el fondo, siempre se resuelven en una cuestión preliminar al fondo en sentido estricto; de todo ello no queda en absoluto claro que la actora fuera tercera ajena a la *litis*, ni que la pretensión no tuviera por sustento los hechos básicos que ahora se debaten en este pleito, todo lo cual acredita una voluntad activa de reclamación de los daños producidos por los referidos hechos, incompatible con la dejación y abandono que sanciona la prescripción. (STS de 20 de junio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— La lectura de esta sentencia permite asomarnos al drama humano vivido por la esposa de la víctima que, con ocasión de una operación que no puede menos de calificarse de poco importante, sufre las tremendas secuelas que han conducido a una declaración de incapacidad (total, a juzgar de los datos que constan en la S.); asistimos al peregrinar por juzgados y Tribunales, quizá insuficientemente aconsejada, hasta conseguir una indemnización de veinte millones de pesetas que no parecen excesivos para atender de por vida a su marido. No puede menos de asentir al fallo del TS que desmonta uno a uno una serie de argumentos que, en primera instancia, condujeron a la desestimación de la demanda. Parece lógico que se reitere el juicio desfavorable que al jurista merece la prescripción extintiva (*Ein Hundert Unrecht machen nicht ein Jahr Recht*, decía el conocido brocardo germánico). Pero no hay mas remedio que reconocer que a s. prescinde del art. 1932 par. 1.º interpretado por DÍEZ PICAZO (*Com. Min. Justicia*, II, p. 2087) en el sentido de establecer una regla objetiva que hace desaparecer todas las excepciones al brocardo *contra non volentem agere non currit prescriptio*, sin distinción alguna; de suerte que cualquiera que sea la índole, la condición o el estado civil del sujeto pasivo, sea éste capaz o incapaz, la prescripción se produce; la prescripción corre tanto contra las personas capaces como contra las incapaces o las que tengan una capacidad de obrar limitada, y tanto si tienen representante legal como si no lo tienen. Antes de la designación de la esposa como tutora de su marido, representaba a éste, por lo menos, el Ministerio Fiscal. En mi opinión, aprobar la s. resulta conforme con la equidad, pero, a renglón seguido, hay que pedir al legislador una reforma del art. 1932 par. 1.º, anticipada, en algún punto, por esta sentencia verdaderamente correctora del CC. (G.G.C.)

34. Responsabilidad de la administración sanitaria: enfermo con síntomas de infarto agudo: cuadro irreversible de tetraplejia: falta de prueba de la culpa.— La concurrencia del soporte culpabilístico no se infiere del resultado probatorio practicado y valorado en los autos ya que se afirma la inexistencia de prueba alguna acerca de la culpa o negligencia, ni de los médicos, ni de la Administración sanitaria, y se insiste en no haberse apreciado la menor culpa o responsabilidad ni en la Administración demandada, ni en los que debieron ser traídos al pleito, los médicos del equipo, así como la total desconexión con el resultado final.

Prueba de la intubación del enfermo: inversión de la carga de la prueba.— En la sentencia recurrida se afirma que «ha recaído sobre el Servicio de Salud demandado toda la carga de probar su actuación diligente, a lo que en modo alguno estaba obligado, correspondiendo al paciente probar el hecho fundamental que imputa a la parte demandada: la inexistencia del mecanismo de intubación del enfermo en los momentos subsiguientes al operatorio»; pero ello no significa que el Tribunal *a quo* desconociese la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba y su inversión en los casos que procediese, especialmente cuando es doctrina de la Sala que no se altera el principio de distribución de la carga probatoria si el juzgador realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, que fue en realidad lo acontecido cuando a propósito de la intubación se hizo constar que de los dictámenes facultativos obrantes se infiere nítidamente no sólo que la intubación se produjo sino que, de no haberse aplicado al enfermo, este hubiera inmediatamente fallecido.

Valor de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984.— La Ley de 19 de julio de 1984 es una especie de *ley marco* que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento, como previene su art. 1.º 1 de acuerdo con el art. 53.3 CE y en desarrollo de su art. 51.1 y 2, y cuya regulación se extiende, primordialmente, al comercio interior y al régimen de autorización de productos comerciales, cual se desprende del n.º 3 del preciado art. 51 y corrobora el inciso final del n.º 1 del art. 1.º de la Ley al decir que «en todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 y 129 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el art. 139». Consecuencia inmediata de su espíritu informador es que su aplicación, fuera de los supuestos que contempla específicamente y que sanciona en vía administrativa, tiene que estar en íntima relación con los preceptos que, contenidos en los textos legales sustantivos, fuesen los llamados a regular el caso sometido a enjuiciamiento; es decir, que su aplicación sería concurrente y condicionada, en cierta manera, a la primacía de los mencionados preceptos sustantivos.

El art. 28.2 LGDCU no consagra el principio de una responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo: carácter subjetivo de la responsabilidad médica según el régimen del CC.— El art. 28.2 de la Ley de 1984, en atención a que afecta sustancialmente al campo administrativo, no cabe admitir, sin más, que consagre el principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo, en cuanto que su proyección a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual o extracontractual, acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligencia prevenido en los arts. 1101 y 1902 CC toda vez que es doctrina consolidada de la Sala que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado,

nado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir el principio de responsabilidad por culpa, y acentuando incluso el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin erigir la responsabilidad basada en el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir. (STS de 22 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— En principio, el caso resuelto en la sentencia extractada sería uno más de los ya numerosos relativos a la responsabilidad médica; un enfermo ingresado con síntomas de infarto agudo, es sometido a un tratamiento de cuyas resultas presenta un cuadro irreversible de tetraplejia; frente a los veinte millones reclamados, en primera instancia se le conceden seis, mientras que en apelación se absuelve al Servicio de Salud demandado; se hace notar que no aparece demandado el equipo médico que asistió al enfermo. Se trataría de una aplicación de la conocida doctrina que somete este caso de responsabilidad contractual o extracontractual a las reglas de la *lex artis*.

¿Cabe modificar el anterior resultado si aplicamos los principios de la LGDCU de 1984? El art. 28.2 de la misma, al aludir a los *servicios sanitarios* ofrece apoyo textual para replantear el tema, y el TS (Pte. BARCALA y TRILLO-FIGUEROA) afronta directamente el mismo, por lo cual se realiza considerablemente el interés de esta sentencia.

La solución negativa a que llega la sentencia acaso haya que compartirla a la vista de los escasos datos de hecho que contiene la misma. La argumentación, sin embargo, merece amplias reservas: 1.º) No parece correcto afirmar que la Ley de 1984 tiene un ámbito sustancialmente administrativo; hacerlo me parece minimizar el contenido del cap. III y desconocer el significado del cap. VIII; 2.º) Tampoco parece correcto la interpretación que se ofrece del art. 7.º de la Ley, cuyo significado no puede ser nunca la postergación del principio general informador de protección del consumidor que la sentencia deduce adecuadamente del art. 1.º; 3.º) Es cierto que el art. 28.2 ofrece un débil apoyo pero no cabe olvidar el conjunto de preceptos en que se inserta cuya interpretación, nada pacífica en doctrina, no aborda la sentencia.

En general, sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho privado, *cfr.* GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, III, 16.ª ed. (Madrid 1992) p. 544 ss. En el vol. colectivo *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios* (Dirigidos por R. Bercovitz y J. Salas) (Madrid 1992) véanse los com. de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, p. 119 ss. y Rodrigo BERCOVITZ a los arts. 7 y 25 ss., p. 661 ss. (G.G.C.)

35. Responsabilidad médica. Relación de dependencia.— El TS reconoce la responsabilidad de un centro sanitario por los daños derivados de la actuación negligente del personal médico que mantiene una relación de dependencia y subordinación con dicho centro, exculpando a la aseguradora con la cual, los médicos que realizaron la intervención quirúrgica, no mantienen ningún tipo de subordinación ni dependencia.

Responsabilidad de la clínica donde se realiza la intervención.— Se reconoce en la sentencia recurrida que los médicos y anestésistas que llevaron a cabo la operación quirúrgica actuaban bajo dependencia y subordinación laboral de la Cruz Roja, siendo éstos elegidos directamente, no por el representante legal del menor, sino por la propia Cruz Roja, para llevar a cabo la operación. En consecuencia, esta institución responde, en virtud del art. 1903, párrafo 4.º CC, por *culpa in eligendo* e *in vigilando* de los daños y perjuicios que causen sus dependientes (SS TS de 16 de abril de 1963, 9 y 26 de julio de 1984).

Responsabilidad de la aseguradora.— No existe, por el contrario, ninguna relación de dependencia entre la aseguradora ASISA y los médicos de la Cruz Roja, por lo que no cabe ningún tipo de responsabilidad de la aseguradora por los hechos de los médicos y anestésistas. Todo ello independientemente, como analizó la sentencia del Tribunal *a quo*, de que la responsabilidad derivada fuera contractual o extracontractual, o de que el contrato realizado fuera el de prestación de servicios médicos, mediante el cual la aseguradora se obligaba a suministrar al asociado o afiliado un servicio médico por medio de facultativos, clínicas, etc., que pone a su disposición a cambio de dinero. La O.M. de 14 de enero de 1964 recoge entre las distintas modalidades de concertos de seguro la no vinculación de los médicos con su aseguradora, modalidad seguida en el presente caso. ASISA cumplió con los contratos que tenía concertados, por un lado, con el asegurado de asistencia médica, y por otro, con la Cruz Roja, directamente encargada de aquellas asistencia, por lo que no responde de los daños causados al paciente.

Responsabilidad del anestésista y del médico.— La conducta tanto del médico como del anestésista fue negligente no obrando con la diligencia debida, en tanto que no realizaron las pruebas pertinentes para determinar si el paciente estaba en condiciones óptimas para soportar una intervención, ya que días antes de la misma padecía de una infección del tracto respiratorio alto, lo que conllevaba un riesgo con relación a la anestesia y más aun teniendo en cuenta la edad del paciente. Tampoco se hizo prueba especial de sensibilidad a la anestesia y faltó un control fiable de los monitores anestésicos.

Los demandados pretendían eludir sus responsabilidades alegando que ocurrió un hecho fortuito desfavorable, por lo que de acuerdo al art. 1214 CC, ellos son los que deben probar ese hecho que impidió el éxito de la operación y no consta que lo hayan verificado.

Incongruencia de la sentencia.— No se da situación de incongruencia-indica el TS cuando en el súplico de la demanda se solicita una indemnización, sin concretar la forma de la misma, y el Tribunal falla conceder una pensión vitalicia, en vez de fijar una cantidad única global, posponiendo para la ejecución de la sentencia la forma de fijar la misma a propeusta de cualquiera de las partes, con aprobación del juez, o incluso fijada por el mismo en caso de discrepancia. Éstos son extremos declarativos accesorios o complementarios que no alteran los pronunciamientos principales, ateniéndose en esencia a lo pedido. (SS TS de 8 y 26 de octubre, 23 de marzo y 3 de enero de 1992, 15 de mayo, 19 de octubre y 1 de julio de 1993).

No infracción del art. 24 de la Constitución Española.— El art. 24.2 CE, que sienta el principio de presunción de inocencia, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que éste se refiere a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan estos artículos es de carácter reparador o de

compensación. (STS de 27 de septiembre de 1994; ha lugar uno de los recursos de casación).

HECHOS.— A consecuencia de una quemadura en un dedo, el niño de dos años M. A.L.L., precisó de una intervención médico-quirúrgica, realizada bajo la cobertura económica de la aseguradora ASISA en el centro de quemados de la Cruz Roja Española y llevada a cabo por médicos y anestesiastas dependientes de ésta última institución.

Durante la intervención se produjo un accidente por influencia de la anestesia que determinó una parada cardiorespiratoria en el paciente, lo que motivó secuelas neurológicas irreversibles, ya que desde ese momento el paciente presenta ausencia de facultades intelectivas (edad mental aproximada de tres meses), incapacidad para tener una mínima conciencia de sí mismo, de reconocer a sus padres, o de comunicarse de la manera más primitiva, necesitando permanentemente otra persona para las necesidades más elementales, no pudiendo preservarse por sí mismo y teniendo unas expectativas de supervivencia normales.

El padre del niño interpuso demanda en reclamación de cantidad, la cual fue desestimada en Primera Instancia. En apelación, se revoca la sentencia recurrida y se estima en parte la demanda, absolviendo a uno de los médicos y condenando a la Cruz Roja Española y a una anestesiasta a indemnizar los daños patrimoniales y morales causados por la intervención, declarando solidaria la obligación de la entidad ASISA.

Interpuestos sendos recursos de casación por parte de la Cruz Roja y de ASISA, el TS declara no haber lugar al primero y sí al segundo. (N.L.C.)

36. Responsabilidad médica: Obligación de medios.— Es reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala que la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general, del profesional sanitario es una obligación de medios, quedando descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, así como una posible inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad.

El Dr. M.E.R., no actuó con arreglo a la *Lex artis ad hoc* al realizar la operación quirúrgica con anestesia local en régimen ambulatorio, siendo conocido en el arte médico, que la extirpación de la bursitis prerrotuliana utilizando anestesia local produce grandes complicaciones post operatorias. Por lo que queda demostrado que, pudiendo ser la complicación prevista y evitada utilizando un tipo de anestesia diverso de la local y realizado en régimen no ambulatorio, el demandado incurrió en un «error profesional culposo empleando una técnica quirúrgica inadecuada en el estado de la ciencia médica».

A pesar del intento del cirujano de imputar la responsabilidad al anestesiasta, que es quien, de acuerdo con el R.D. 127/1984 de 11 de enero sobre Especialidades Médicas, decide el tipo de anestesia a aplicar, el TS aplicando la teoría de la obligación de medios, concluye que es el cirujano, de acuerdo con el art. 1902 CC, el responsable de la mala o buena técnica empleada en la realización de la operación, sin perjuicio de la responsabilidad que le podría corresponder al anestesiasta, el cual no está siendo en esta *litis* enjuiciado.

Prescripción de la acción; *Dies a quo*.— Es reiterada doctrina de esta Sala que el los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede contarse desde la fecha del informe de sanidad o del alta, sino que ha de esperarse a conocer el alcance definitivo de éstas, consecuentemente al tratamiento de las mismas que se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación del *dies a quo* ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el art. 1969 CC, no es, a efectos, un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (SS TS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 8 de octubre de 1988, 30 de enero de 1993).

La Sala entiende que el instituto de la prescripción debe ser interpretado restrictivamente al ser una figura que no se asienta en la idea de justicia intrínseca y sí de limitación de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica.

En el presente caso el plazo para comenzar a contar el ejercicio de la acción será, bien los últimos informes realizados por los especialistas a los que consultó (mayo 1990), bien aquél en que queda patente por primera vez que sus secuelas eran irreversibles, el cual es de fecha 12 de noviembre de 1990. Teniendo en cuenta uno u otro la actora al iniciar la demanda el 11 de enero de 1991, está dentro del plazo de 1 año que el art. 1968.2 CC establece para la acción de responsabilidad por culpa extracontractual.

Art. 24 de la Constitución Española.— No existe indefensión cuando el TS se niega a admitir la proposición de la prueba no realizada en primera instancia, cuando el recurrente no lo solicitó en la apelación, momento procesal que podía y debía haberlo hecho. (STS de 26 de septiembre de 1996; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de una caída, la actora fue intervenida de la rodilla, bajo anestesia local en régimen ambulatorio por el Dr. M.E.R., el 27 de octubre de 1988. Tras la operación y debido a los fuertes pinchazos, calambres y dificultad para caminar, la actora consultó con varios especialistas, los cuales manifestaron la gravedad de la situación de la actora, quedando patente el 12 de noviembre de 1990, por primera vez, que las secuelas eran irreversibles y perennes.

La actora promovió en enero de 1991 juicio declarativo de menor cuantía contra el cirujano. Dr. M.E.R., sobre reclamación de cantidad (15 millones de pesetas) en concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la intervención quirúrgica. El Juzgado de Primera Instancia estimando la excepción de prescripción de la acción, desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia estima parcialmente la demanda y condena al Dr. M.E.R. a indemnizarla en la cantidad de 8 millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.— Existe una tendencia cada vez mayor en el Derecho español a llevar los temas de responsabilidad civil por la vía extracontractual, dejando al margen a la contractual. Si bien es cierto que en aquellos casos en los que existe una violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no causar daño a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades contractuales y extracon-

tractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando una por otra, existen otros supuestos en los que es claro que el hecho que causó el daño derivó de una relación contractual.

Quizá los motivos para acudir a la vía extracontractual aun siendo el planteamiento jurídico de la *litis* la vía contractual, sean las elevadas cantidades que los Tribunales señalan para casos del primer tipo de responsabilidad mencionada o la inexistencia de un artículo en sede contractual como el 1903 para la relación de dependencia que existe en la vía extracontractual. Esta sentencia es un claro supuesto de esta tendencia actual. El propio TS entiende que el planteamiento jurídico correcto hubiera sido el de la responsabilidad contractual. (*N.L.C.*)

37. Colisión de vehículos: ciclomotor que irrumpe en la calzada: culpa exclusiva del conductor de éste.— El carácter culposo de la conducta seguida por la demandante es patente ya que al acceder a la vía de circulación preferente por la que transitaba el automóvil desde el camino por el que ella lo hacía, no observó precaución alguna, desatendiendo la señal de ceda el paso existente en la confluencia de ambas vías, por lo que invadió la otra calzada interponiéndose en la marcha del automóvil, dando así lugar a la causación del evento en que resultó gravísimamente lesionada; por el contrario, en la actuación del conductor del automóvil no se aprecia culpa o negligencia alguna pues aun admitiendo que circulara a 60 kms. hora —si bien las huellas de frenada revelan una velocidad muy inferior— no consta que tal velocidad fuese inapropiada a las características de la vía, siendo aquella la velocidad permitida, sin que conste que en esa carretera existiera señal alguna indicadora del camino que confluía por la derecha de su marcha; consta que el automovilista no se percató de la presencia del ciclomotor hasta que estaba a unos diez metros de distancia, existiendo en ese lado de la marcha una tapia que impedía la visibilidad, por lo cual el conductor no pudo advertir con mayor antelación la presencia del ciclomotor que irrumpió bruscamente en la calzada, lo que le hubiera permitido realizar otras maniobras evasivas tendentes a evitar la colisión más eficaces que frenar desviándose a la izquierda, maniobra que era la única exigible en el breve espacio de que disponía; por todo ello ha de concluirse que la única causa determinante de la colisión fue la conducta negligente de la demandada, sin que ese curso causal haya sido debido a una actuación u omisión culposa del conductor del automóvil.

Necesidad de probar la culpa en los casos de colisión.— Según reiterada jurisprudencia en los supuestos de colisión entre vehículos de motor no es aplicable el principio de la inversión de la carga de la prueba ni el de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo; así la sentencia de 15 abril 1992 invoca el criterio establecido en la Partida 7.^a, tít. 34, leyes 28 y 22 de que «la culpa de uno no debe empeser a otro que non haya parte», siendo equivalente *empeser* a dañar o perjudicar; la sentencia de 11 febrero 1992, que recoge la de 7 de junio de 1991, dice que la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo, resultan incompatibles con los supuestos de mutua o recíproca colisión de vehículos, siendo además irrelevante que ciclomotor y automóvil tuviesen características técnicas muy distintas; por último, la sentencia de 5 de octubre de 1993 recalca que en los casos de colisión, ambos conductores pueden invocar que es la contraparte la obligada a probar debiendo acudir a los requisitos del art. 1902 CC.

Relación de causalidad: causalidad adecuada. Prueba.— El principio de causalidad adecuada exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia, induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo; y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, pues «el cómo y el por qué se produjo el accidente» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso, como dice la sentencia de 27 de octubre de 1990 y las en ella citadas. (STS de 29 de abril de 1994; ha lugar). (G.G.C.)

38. Culpa extracontractual: lesiones causadas a menor contratado por Ayuntamiento para podar árboles: competencia jurisdiccional.— Nos encontramos ante un desgraciado suceso en que se produjeron a un menor lesiones irreparables al haber sido contratado para la poda de árboles, iniciándose por el Ayuntamiento el «peregrinaje de jurisdicciones» en el que se obliga al interesado a acudir, por orden sucesivo, a los distintos órdenes jurisdiccionales que componen el poder judicial, retrasando con ello, hasta límites no tolerables —el accidente ocurrió en 1983— el abono de la indemnización, haciendo peligrar la efectividad del derecho constitucional a la tutela judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos; y aunque las soluciones dadas por los distintos órdenes jurisdiccionales no siempre son coincidentes, la jurisdicción civil de modo reiterado tiende a atribuir a los órganos de la misma la competencia para conocer de tales supuestos, sobre todo cuando, como en el presente caso la Administración Municipal ha actuado dentro de las relaciones de derecho privado, confirmando tal tesis la sentencia de 30 de julio de 1991 en los casos en que no se trata de un acto administrativo ni de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como tal, sino de una actuación particular de la misma; se trata de un accidente ocurrido en el desempeño de un contrato de índole privada por el que se encomendaba por el Ayuntamiento a un grupo de jóvenes la tarea de podar los árboles de la villa.

Negligencia del Ayuntamiento.— Existe negligencia en cuanto que se encomienda a un joven menor de edad tareas que, como la poda de árboles, no están permitidas a tales personas, no tanto por carecer de fuerza o agilidad, sino que su inexperiencia a la hora de calibrar riesgos, provocan hacia ellos mismos y hacia los demás un riesgo que la sociedad ha decidido no aceptar mediante la prohibición de este tipo de trabajo para los menores; el hecho de que el menor estuviera subido a un árbol no fue algo anormal o iniciativa personal contravieniendo órdenes concretas, sino que parece corresponder con la naturaleza de los trabajos que realizaba; tal negligencia del

Ayuntamiento es interna, dentro de las relaciones de dependencia laboral y deriva directamente del trabajo asignado, de la no utilización de cinturones de seguridad e incluso de la retirada del camión-cesta asignado para estos menesteres.

Cuantía de la indemnización.— No es revisable en esta vía sino cuando se ha producido una alteración de los elementos fácticos tenidos en cuenta para su determinación. (STS de 26 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— ¿Culpa contractual o extracontractual? Parece que lo primero por los datos recogidos en sentencia pero la ambivalencia mantenida en este punto por la Sala 1.^a hace que la cuestión sea irrelevante cuando no hay problemas de prescripción. No se especifican las secuelas del accidente, pero la condena al abono de 40 millones de pts. hacen presumir que son muy graves e irreversibles. Un caso mas de *vis atractiva* de la jurisdicción civil que no puede menos de aprobarse. (G.G.C.)

39. Culpa extracontractual: responsabilidad solidaria del Ayuntamiento y del arquitecto: competencia jurisdiccional.— Si bien es cierto que en las sentencias de la Sala 1.^a del TS de 19 de febrero de 1982 y 10 de noviembre de 1983, se reconoció ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas frente a la Administración, no obstante ser demandada conjuntamente con personas privadas, tal doctrina no llegó a consolidarse, prevaleciendo la contraria que ha sido reiterada en sentencias de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de febrero de 1987, basada en que, siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continuidad de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, de suerte que la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídico-privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, criterio que se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 C.E. y recogido en la LOPJ de 1 de julio de 1985 en sus arts. 3.1 y 9.2; en el presente caso es evidente el vínculo de solidaridad que se da entre los codemandados ya que las conductas atribuidas a ambos son idóneas para generar el evento dañoso.

Relación de causalidad: Ruptura del nexo causal.— La jurisprudencia emanada de las Salas de lo Contencioso no permite fundamentar un recurso de casación civil; por otra parte, el requisito de exclusividad del nexo causal no tiene en aquella jurisprudencia el carácter absoluto que pretende el recurrente, ya que tal exoneración de responsabilidad sólo se da cuando se acredite otra «concausa» producida por persona ajena a la Administración, que se interfiera significativamente en la anterior relación con entidad suficiente para producir el daño o perjuicio en el patrimonio del reclamante, sin cuya «concausa» éste no se hubiera producido; en el presente caso se declara probado que las fugas de la red de alcantarillado y sobre todo las filtraciones en el pozo de registro de la esquina en cuestión, así como la introducción de agua al terreno a través

de la tubería muerta, sin cegar, resto resultante del antiguo saneamiento, han ido haciendo perder capacidad importante al terreno, con el consiguiente asiento de la cimentación que ha provocado el basculamiento del edificio; por tanto, la conducta omisiva del Ayuntamiento al no mantener la red de alcantarillado en condiciones debidas para evitar las aludidas filtraciones, esta unida por relación de causalidad adecuada con el resultado dañoso producido.

Solidaridad.— El Ayuntamiento y el Arquitecto responden del total resarcimiento del daño producido, sin que sea posible determinar cuáles son los derivados de la actuación de cada uno de ellos. (STS de 30 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— ¿Se podrá seguir manteniendo la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil una vez que entre plenamente en aplicación la Ley de 1992? Los hechos a que se refiere la sentencia extractada son muy anteriores a esta norma. Por otra parte, la conducta del Arquitecto no se describe suficientemente para poder conocer el alcance de su actuación. (G.G.C.)

40. Responsabilidad extracontractual. Daños causados por Administración local. Culpa in vigilando Competencia de la jurisdicción civil.— La responsabilidad patrimonial de la administración a que se refiere el art. 3. ap. b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se invoca por la recurrente, según el derecho aplicable al supuesto litigioso, anterior a la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo para las Administraciones públicas, de 26 de noviembre de 1992, (sin efecto retroactivo a estos efectos), surge en los casos en que la Administración, en este caso la local, actúa investida de soberanía o *imperio* y no como un particular desprovista de esa facultad. En el caso ahora debatido, si bien el servicio de suministro de aguas es un servicio público que incumbe a las Corporaciones locales (art. 25 ap. 1, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), el hecho ahora incriminado no deriva directamente de tal obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería cuya rotura originó los daños reclamados, daños causados a una entidad particular en su esfera privada; hay pues, como ya observaron los Juzgadores de instancia, una *culpa in vigilando*, o *in eligendo*, que se atribuye a la entidad demandada como empresario particular frente a los operarios que materialmente realizaron la obra de instalación de las tuberías accidentadas. Fue, por consiguiente, la causante de los daños una conducta extra administrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente, y que no puede ser calificada de funcionamiento anormal del servicio para ser incardiada en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, antes mencionada, sino en el art. 41 de la misma Ley, en cuanto la Administración local actuó como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investida a la sazón en el desarrollo de esa actividad de la prerrogativa o atributo de poder, sino en relaciones de derecho privado, aunque considerándose, según señala el art. 41 citado, la actuación de sus funcionarios o agentes en el caso debatido como actos propios de la Administración; debiendo en consecuencia exigirse la responsabilidad en este caso ante los Tribunales ordinarios. En definitiva, sin excluir que la responsabilidad de la recurrente derivó en el caso ahora contemplado de

una situación del riesgo creado al instalar sin la suficiente diligencia unas tuberías de conducción de aguas, se aprecia conjuntamente una presunción *iuris tantum* de culpa en contra suya, que no ha sido desvirtuada en la presente *litis* por la idónea prueba en contrario. La doctrina sentada en este fundamento de derecho ha sido reiteradamente seguida por esta Sala de casación en casos analogos, como se deduce claramente de las sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 1983, 7 de abril de 1989, 18 de septiembre de 1987, 28 de marzo, 7, 10 y 23 de noviembre de 1990 y 27 de septiembre de 1993, recaídas en pleitos en que se reclamaba en su mayoría responsabilidad de Ayuntamientos por actos de sus dependientes o funcionarios. (STS de 8 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de la rotura de una tubería de alcantarillado de agua potable, situada en calle pública, resultó inundado un local propiedad de la entidad particular demandante, que reclama de la Corporación local el importe de los daños causados.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera instancia, estimando en parte la demanda formulada por la actora. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento. (A.R.M.)

41. Competencia de jurisdicción: vis atractiva de la jurisdicción civil: daños por derribo de vivienda colindante: demanda de responsabilidad conjunta contra Administración y personas privadas.— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que, cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a personas privadas conjuntamente, la Jurisdicción civil es la que atrae a sí el conocimiento del litigio según sentencia de 2 de junio de 1993 y las que cita; por otra parte, los actores en este caso no pidieron la reparación de daños como consecuencia de la declaración administrativa de ruina del inmueble en que se ubicaban sus propiedades, sino como consecuencia del derribo de la finca colindante declarada en estado de ruina inminente, siendo efectuado tal derribo por el Ayuntamiento demandado en sustitución de la propiedad, al no hacerlo ésta, no pudiendo decirse que en esta actividad sustitutoria del cumplimiento de obligaciones que atañían a un particular por parte del Ayuntamiento, obre éste en régimen de prerrogativa de derecho público.

Litispendencia.— La excepción de litispendencia tiende a evitar que sobre una misma controversia sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior, con posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias, debiendo concurrir los mismos requisitos que para oponer la excepción de cosa juzgada pues la litispendencia es una institución preventiva y de tutela de aquélla, debiendo atenderse a la identidad entre las peticiones de ambos pleitos y no a lo que resulte de la sentencia; a la vista de lo sucedido, el planteamiento del segundo pleito no fue correcto procesalmente dado que la comparación de la *causa petendi* del mismo y del primero arroja el resultado de su identidad. (STS de 8 de julio de 1994; ha lugar). (G.G.C.)

42. Accidente laboral: responsabilidad de la empresa que subcontrata: falta de medidas de seguridad.— Se declara probado que el accidente se produjo por una evidente falta de medidas de seguridad de la empresa que

ha subcontratado el personal de otra, siendo sancionada por ello laboralmente y ello es causa de la muerte con independencia de posibles errores médicos posteriores.

Responsabilidad médica: inaplicabilidad del art. 28 de la Ley de 1984.—

Aunque el pár. 2.º del art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios habla de los servicios sanitarios, en modo alguno es aplicable un criterio objetivo para la exacción de la responsabilidad médica cuando los facultativos han intervenido con posterioridad a la producción del accidente del marido de la actora, teniendo en cuenta que una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios independiente de los resultados que con ellos se obtengan.

No se puede pedir la condena de un codemandado.— El codemandado que en la instancia pidió únicamente su absolución no puede en casación pedir la condena de la empresa codemandada la cual no cabría porque se declara probado que el daño es únicamente imputable a la recurrente, independientemente de posibles errores posteriores. (STS de 29 de julio de 1994; no ha lugar)

NOTA.— La empresa que subcontrata personal ajeno es directamente responsable de los daños causados por su negligencia. Por otra parte, en su esfuerzo por eludir responsabilidades derivados del accidente resulta curiosa la invocación de la Ley de 1984 para intentar, por este medio, variar la jurisprudencia bastante constante de la Sala 1.ª sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad médica. La sentencia de 22 de julio de 1994 ha desarrollado más ampliamente esta cuestión (v. su extracto y comentario en este mismo ADC). (G.G.C.)

43. La doctrina jurisprudencial de la accesión invertida: aplicación del artículo 361 cuando existe buena fe por parte del constructor.— La sentencia impugnada acoge, al hilo de la doctrina jurisprudencial relativa a la accesión invertida, el derecho del demandado a hacer suya la porción de terreno del actor reivindicante. De modo que, el desarrollo de este primero de los motivos admitidos, al postular la infracción del art. 361 CC, carece de viabilidad y en la misma situación las consideraciones en torno a los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, que no son del caso, ya que ni el artículo 33.1 3, ni el 9.3 de la Constitución Española, están afectados por una doctrina que configura la construcción extralimitada como una modalidad de acceso a la propiedad de una cosa o porción de ella por el propietario de otra dotada de preeminencia en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad, siempre que el constructor, procediendo de buena fe, haya edificado en parte sobre suelo ajeno, y en parte sobre fundo propio y, desde luego, abone al dueño del terreno ocupado no sólo el valor de éste, a la manera como sucede en el caso del citado art. 361, sino también, como precisan las sentencias de este Tribunal de 15 de junio de 1981 y de 1 de octubre de 1984 y 12 de noviembre de 1985, a la vez la indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1902 CC, extremo éste del resarcimiento del valor de lo ocupado e indemnización, además de perjuicios y menoscabos, cuyo insuficiente desarrollo en la instancia debe remediarse aquí, haciendo

hincapié en su obligatoria exigencia ya que otra cosa sí podría incidir en los preceptos civiles y constitucionales que tutelan el derecho de la propiedad. (STS de 29 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante-recurrente interpuso demanda en ejercicio de acción reivindicatoria sobre una franja de terreno de su propiedad en la que se había construido parte de la fachada del edificio contiguo solicitando que se produjera la demolición de la obra reponiendo las cosas en su estado primitivo dado que estaban edificadas en suelo ajeno. La parte demandada alegó una situación de extralimitación en la construcción con buena fe por parte del constructor y de aplicación por tanto de la doctrina de la accesión invertida. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. (E.S.M.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

44. Incidencia de la legislación urbanística en las titularidades dominicales: división de la cosa común. La enajenación como medio de cese de la indivisión. Sentido de la Publicidad de la situación jurídico-administrativa en que la finca a enajenar se encuentra.— «La aplicación a ultranza de los arts. 400, 404 y 1602-2 del Código Civil llevaría a conseguir el logro de la *actio communi dividundo*, pero según hechos probados, las fincas están sujetas a un Plan de Ordenación Urbanística que se ejercita conforme al sistema de compensación y ello incide de una forma directa e inmediata sobre las características de la titularidad dominical, de suerte que todos los terrenos comprendidos en el Polígono o Unidad de Actuación quedan directamente afectados en régimen de unidad a las obligaciones propias del sistema que va dirigido a través de la Junta de Compensación a la sustitución de las Propiedades iniciales por otras a determinar dentro de la actuación reglamentaria de dicha Junta. Ahora bien, esa inclusión en el Plan, que impide la división material de las fincas del mismo en el caso presente (art. 104-1 del Reglamento de gestión Urbanística) no obsta en absoluto a la enajenación de la finca o parte de la finca incluida en el Plan, porque los derechos dominicales que se ceden a la Junta de Compensación que actúa con carácter fiduciario (art. 129-2 de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975; Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril) lo son con tal carácter pero además encaminados a la operatividad reglamentaria y estatutaria que es la finalidad de su creación, bien entendido que esa enajenación que es la que solicita la hoy recurrente por vía de la subasta pública como medio de cesar en la indivisión de los inmuebles (artículos 400 y 401 CC) ha de llevar consigo el cumplimiento de todas las formalidades sobre todo en orden a la publicidad de la situación jurídico-administrativa en que la finca se halla porque el adquirente se subroga en la posición de los titulares enajenantes en punto a sus derechos y a las obligaciones contraídas administrativamente en referencia a la Junta de Compensación y a lo establecido en sus Bases de Actuación y Estatutos (art. 126 de la Ley del Suelo citada) lo que obviamente cumple un doble cometido como es el de salvaguardar los derechos del condominio o condominios y acreedores (art. 403, 404 y 405 CC) y la conservación íntegra de las facultades de la Junta de Compensación que actuará objetivamente sobre los predios con abstracción de quienes sean los nuevos ti-

titulares dominicales que se subrogaron íntegra y absolutamente en la posición jurídica de los anteriores titulares, cuyas obligaciones asumen con pleno conocimiento de causa, pero sin que pueda menguar esa situación administrativa los derechos dominicales en orden a la cesación de indivisión que es una situación dominical excepcional y con una normativa proclive a su terminación (artículos 400, 401, 403, 404, 450, 1062-2 y 1522 del Código Civil). (STS de 23 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La entidad propietaria de una novena parte indivisa de dos fincas urbanas acude al Juzgado para que declare su derecho a cesar en la comunidad de bienes y para que —al resultar las fincas indivisibles— se proceda a su venta en pública subasta judicial. La parte demandada alega la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y se opone en cuanto al fondo en razón de la situación de las fincas afectadas por el Plan de Ordenación General Urbana de Gijón. El Juzgado acepta la excepción. La Audiencia estima parcialmente la apelación desestimando la excepción alegada y entra en el fondo del asunto rechazando la demanda inicial. La actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima. (R.G.S.)

45. Acción declarativa contra copropietarios en régimen de propiedad horizontal: indemnización de daños morales: suficiente motivación de la sentencia.— La sentencia de apelación razona los daños morales en base a que concurre una causación voluntaria y restablecimiento económico resulta insuficiente para eliminar el sufrimiento psíquico que afecta al demandante, que «aparece temporalmente coaccionado en su actuar y víctima del proceder irregular» de los recurrentes, los que deben asumir las consecuencias de sus actos, por los efectos dañinos producidos, no sólo materiales, sino también los de índole moral que surgen, en relación de constatada causalidad de sus conductas, pues sólo buscaron el provecho propio y, aunque sea plural, a costa de los derechos que legítimamente corresponden a la contraparte, que aparece así como destinataria de un actuar carente de todo amparo legal y generador siempre de malas y, a veces, irreparables, relaciones de vecindad; no se trata de daños derivados de incumplimiento contractual y tampoco, como erróneamente se sostiene, son daños derivados de responsabilidad extracontractual sino más bien de daños generados por incumplimiento plural, en línea de abuso de derecho o de contraderecho, que se refuerza así en su aspecto coactivo, y atribuible a los integrantes identificados de la Comunidad de Propietarios recurrentes, frente a uno de sus miembros, que se ve de esta manera sólo y, en cierto sentido, más débil, indefenso y desprovisto de todo apoyo comunal; los danos son resarcibles por responder a un ataque no sólo a la propiedad, sino al sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes que se han adquirido conforme a la ley, y han de ser disfrutados por su posesión pacífica y debidamente respetada por todos; y si bien el CC no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la de imponer el resarcimiento de *todos* en el art. 1107, es a la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal, y remediar situaciones como la presente, acudiendo al resarcimiento económico, presentándose como moderado el que otorgó la Sala de 500.000 pts. frente a los tres millones solicitados; la sentencia no incurre en falta de motivación pues decide puntos de la controversia, exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada y haciendo explícito que ésta responde a

una determinada interpretación del Derecho, no siendo preciso que sea agotadora o repleta de argumentos, siempre que no sea irracional o arbitraria.

Congruencia: Actos propios.— Sólo está legitimado para denunciar incongruencia la parte a la que no se le hubieran resuelto las cuestiones oportunamente propuestas y sostenidas, y no cuando no se combaten y se acatan los pronunciamientos de primera instancia, y se efectúa mutación fáctico-jurídica, a la propia conveniencia e interés de la parte, operando transformación del problema litigioso, con vulneración de la necesaria contradicción, que produciría manifiesta indefensión en la parte contraria.

Defecto de forma: Denegación de prueba en segunda instancia.— La Sala sentenciadora no decretó el recibimiento a prueba al no tratarse de documento en sentido propio sino de mera documentación de manifestaciones de quien se pretende perito, y referirse a cuestiones no propias de la controversia sino surgidas en la ejecución provisional de la sentencia de apelación; la prueba denegada no cumple las exigencias del art. 862 LEC y, en todo caso, pudo practicarse en la primera instancia sin impedimento alguno; la prueba se presentaba inútil en razón al ámbito del proceso, y no versaba sobre un hecho nuevo que justificara su práctica para influir en la decisión del litigio, sin que se haya ocasionado indefensión que surge de actuar arbitrario y carente de razonamientos. (STS de 27 de julio de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Notable sentencia de la que ha sido Pte. el Sr. VILLAGÓMEZ RODIL relativa a un caso de resarcimiento de daños morales por violación del derecho de propiedad y posesión pacífica de unos locales en régimen de propiedad horizontal. Lo fundamental era, sin duda, la acción declarativa de la propiedad privativa de tres locales, titularidad negada al parecer por los demás copropietarios, así como la reivindicatoria del anexo de uno de los locales citados, acciones ambas estimadas en ambas instancias, aunque discrepan en cuanto a la indemnización. El tercer F.D. razona con amplitud la indemnización del daño moral. Me parece que es un acierto fundamentar la condena en el art. 7.2 CC, que cobra así nueva dimensión, incluso en el plazo de ejercicio de la acción correspondiente, que será el general de 15 años. (G.G.C.)

46. Adopción de acuerdo para realizar obras que afectan a la estructura del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.— El cerramiento llevado a cabo determina la conversión del rellano de la escalera en una habitación o dependencia de la vivienda del portero, lo que implica una alteración de la estructura del inmueble, en cuanto se modifica la distribución de los elementos comunes del edificio.

Inexistencia del consentimiento tácito.— Ha de tenerse en cuenta la doctrina de esta Sala manifestada en sentencia de 26 de mayo de 1986 en la que, con cita de otras varias, se afirma que es «evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva se trata de los hechos excluyentes (*sic*) (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio di-

recto del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia», no pudiendo, por otra parte, identificarse consentimiento y mero conocimiento, como sienta la sentencia de 7 de octubre de 1986 al referirse a «la conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala, incluida la que se cita en el motivo, según la cual, el conocimiento acto receptivo que es indispensable para poder actuar pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de voluntad»; por todo ello no puede estimarse que el conocimiento por los actores de la realización de las obras y su inactividad desde que las mismas se ejecutaron hasta la iniciación del litigio, suponga un consentimiento tácito a las mismas sanador de la falta del consentimiento unánime de los copropietarios exigido por el citado art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Supone abuso de derecho la impugnación de una acuerdo de realización de obras en una zona común de un edificio en régimen de propiedad horizontal nueve años después y sin que la restitución de las cosas a su estado original suponga beneficio alguno a los demandantes.— Dice la sentencia de 20 de febrero de 1992 que «el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio extraordinario sólo puede acudir a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico (sentencia, entre otras, de 6 de abril de 1987)» y la sentencia del día 26 del mismo mes y año dice que «es doctrina de esta Sala —sentencia de 2 de noviembre de 1990— la expresiva de que aunque la apreciación del abuso del derecho constituye una cuestión jurídica, siempre resulta necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan (sentencias de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984), doctrina que se reitera en la sentencia de 5 de abril de 1993. En el presente caso ha de apreciarse la existencia de un ejercicio abusivo por parte de los actores aquí recurrido de su derecho a impugnar las obras llevadas a cabo por la Comunidad de Propietarios por cuanto habiendo conocido la realización de las obras desde el mismo momento en que se ejecutaron y dejado transcurrir un largo período de nueve años sin hacer impugnación alguna y sin que la restitución del rellano de la escalera a su estado originario les comporte beneficio alguno ni la situación actual les cause perjuicio de ninguna clase y merma de su derecho a utilizar los elementos comunes (a los que sigue perteneciendo el rellano) conforme a su destino, formulan la presente demanda, en cuanto a este punto concreto se refiere, con la única y evidente intención de perjudicar a la Comunidad y al portero de la finca, siendo de tener en cuenta que el rellano de la escalera en que se realizaron las obras, una vez adquirido por la Comunidad el estudio que tenía su entrada por él e incorporado a la vivienda del portero, tal rellano se repite, sólo serviría de acceso a la vivienda citada pues aunque por el mismo se accedía también al cuarto de máquinas, a éste no pueden entrar y hacer uso de el indiscriminadamente los vecinos a los cuales, por razones de seguridad, debe estar prohibida la entrada en la mencionada Sala de máquinas; por ello, volver a la situación original no aporta provecho alguno a los demandantes que justifiquen su pretensión.

No cabe aplicar por analogía las normas mercantiles o tributarias sobre conservación de documentos.— No estableciéndose en la Ley de Propiedad Horizontal plazo alguno durante el cual haya de conservarse la documentación de la Comunidad, ello será cuestión a decidir por la Junta de Propietarios, órgano rector de la Comunidad, atendiendo a las particulares circunstancias de cada una de ellas, sin que sean aplicables, ni siquiera por analogía, las normas al respecto del Código de Comercio que, destinadas a unos particulares sujetos por razón de su específica caracterización que el Código de Comercio contempla, como tampoco son aplicables, por analogía, las normas del art. 64 de la Ley General Tributaria, o los arts. 40 y 46 de la Ley General Presupuestaria o el 62 del Reglamento General de Recaudación. (STS de 5 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Nueve copropietarios de un edificio interpusieron en 1989 dos demandas de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del citado edificio, tres copropietarios, los dos administradores y el portero de la finca. Tras la acumulación de autos, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente las demandas, declarando que lo demandantes tienen derecho a examinar la documentación que, obrando en poder de la Comunidad, les resulte necesaria para preparar cualquier demanda que por los mismos se proponga interponer, con los límites que se señalaban en la sentencia. También se declaraba que la Comunidad habría de proceder a la ejecución del acuerdo adoptado con fecha 16 de diciembre de 1985, relativo a la apertura de puertas con acceso a la terraza superior del edificio, obras que deberían ser acometidas dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de esa resolución. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial absolvió de las demandas a los tres copropietarios y al portero, admitió parcialmente el recurso de los demandantes, condenando a la Comunidad de Propietarios demandada a reponer la planta duodécima de la escalera derecha a la situación en que se encontraba antes de realizarse las obras. El Tribunal Supremo admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios, dejando sin efecto el pronunciamiento del tribunal inferior en lo referente a la reposición de las obras, por estimar la existencia de abuso del derecho.

NOTA.— Es bastante discutible sostener que la impugnación de un acuerdo nulo de raíz de la Junta de Propietarios, ejercitada nueve años después de la adopción del acuerdo, evidencie un abuso del derecho, porque con ello se pone en tela de juicio el fundamento mismo de las teorías de la nulidad radical y de la prescripción. Existe un precedente, la sentencia del TS de 3 de febrero de 1993, que estimó abuso de derecho en un caso parecido, pero no idéntico, pero son más numerosas las sentencias de ese mismo Tribunal que rechazan la existencia de abuso del derecho al ejercitar impugnaciones de acuerdos sobre obras en zonas comunes (así, las de 3 de abril de 1990, 28 de julio de 1992, 19 de julio de 1993 y 6 de mayo de 1994). En el caso que analizamos no existe uno de los requisitos para que se aplique la doctrina del abuso del derecho: el interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, puesto que el acuerdo de la Junta de Propietarios era nulo de raíz, por contravenir normas imperativas. (L.F.R.S.)

47. La prueba de la fecha del conocimiento del acuerdo de Junta de Propietarios de un edificio en propiedad horizontal corresponde al que impugna dicho acuerdo.— Ambos motivos son asimismo improsperables, ya que no se tiene en cuenta el hecho probado del transcurso de casi diez meses desde la celebración de la junta impugnada hasta la presentación de la demanda, siendo inverosímil mantener y menos aceptar que la impugnación se hizo dentro del plazo de treinta días a contar desde la celebración de la junta, máxime cuando la entidad actora y recurrente oculta cuidadosamente cuándo tuvo realmente conocimiento de dichos acuerdos, y, en lugar de acreditar cumplidamente ese requisito esencial de su acción como exige el art. 1214 CC, pretende, invirtiendo la carga de la prueba, que sea la parte adversa la que haya de probar que el ejercicio de la acción fue posterior al transcurso del plazo legal.

Distinción entre acuerdos convalidables por caducidad de la acción de impugnación y acuerdos nulos de pleno derecho, cuyo plazo de impugnación no caduca.— Por otra parte, la doctrina de esta Sala permite la convalidación de acuerdos no impugnados cuando ha caducado la acción impugnatoria en supuestos, como el ahora discutido, en que los acuerdos afecten estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos privativos de la misma, a diferencia de los casos en que se trate de nulidad radical e insubsanable; por tanto, con otras palabras, hay acuerdos como los relativos a aquel régimen de propiedad cuya ilegalidad es susceptible de sanación por efecto de la caducidad sobrevenida de la acción de impugnación (pues entenderlo de otro modo equivaldría a dejar ocioso el mandato del párrafo segundo de la regla 4.ª del art. 16 expresado); a cuyo orden pertenecen también todos los que se ofrezcan contrarios a los estatutos privativos; mientras otro orden de acuerdos acusan una ilegalidad que comportaría la nulidad *pleno iure*, sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad. Doctrina deducida, entre otras, de las sentencias de esta Sala de 26 de julio de 1982, 18 de diciembre de 1984, 14 de febrero de 1986 y 6 de febrero de 1989. (STS de 19 de julio de 1994; no ha lugar)

HECHOS.— La Junta de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal acordó ceder el uso de la zona común al propietario de parte de las oficinas sitas en la planta segunda del edificio, así como instalar aire acondicionado en la cubierta del edificio y conducciones a través del patio de la comunidad. La Sociedad demandante, copropietaria que no asistió a la junta, impugnó judicialmente esos acuerdos casi diez meses después, ocultando la fecha en que tomó conocimiento efectivo de la adopción de los repetidos acuerdos. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y declaró no haber lugar a la demanda, decisión que fue ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo, basándose fundamentalmente en que los acuerdos impugnados afectaban estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos, en cuyos casos caduca la acción de impugnación por el transcurso del plazo de treinta días contados desde el momento en que el copropietario ausente conoció efectivamente la adopción de los acuerdos, momento que la demandante ocultó durante la tramitación del proceso. (L.F.R.S.)

48. Incongruencia en la sentencia que declara nulidad parcial de contrato y no se pronuncia sobre la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad.— La infracción de lo dispuesto en el art. 359 LEC en relación con el pronunciamiento que se hace al determinar que «la nulidad del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, en cuanto a la parte que perjudique a la legítima de la actora recurrente, sin que haya lugar a la restitución de los inmuebles y bienes en poder de la codemandada», que este pronunciamiento, creemos que adolece de incongruencia, por cuanto, que si por una parte se declara la nulidad parcial del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, por otra parte, se deniega el pedimento relativo a la solicitud de cancelar la inscripción producida en el Registro de la Propiedad, por el título que ha quedado inválido, siendo claro, que con ello se produce una contradicción, en cuanto debe significar una notoria incompatibilidad, que desembocaría en la imposibilidad de ejecutar la sentencia.

La declaración de nulidad de un negocio determina la obligación de restituir lo que las partes se hubieran entregado por razón del mismo.— Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato; que por tanto declarada la nulidad de las repetidas escrituras de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, así como, la de cesión a cambio de alimentos, habrá de cumplirse lo dispuesto en el art. 1303 CC, teniendo los contratantes que restituirse lo percibido por consecuencia del contrato. El motivo también habrá de aceptarse, en la idea de que procederá dicha restitución, naturalmente, en la parte atinente al perjuicio experimentado por la actora; y todo ello, en coherencia con el propio pronunciamiento de la primera sentencia, en el sentido que se hace constar, de que la nulidad que se declara sobre el contrato de cesión, lo es, en cuanto que ésta perjudica la legítima de la demandante en las herencias de sus padres adoptivos.

La condición de tercero hipotecario se tiene, entre otros requisitos, cuando se adquiere de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir.— Es suficientemente elocuente para pensar que, en efecto, no se cumplen los requisitos del art. 34 LH, en cuanto, que, si bien se puede afirmar en torno a los requisitos del repetido art. 34 LH, que se está en presencia de una adquisición a título oneroso, y con independencia de la existencia o no de la buena fe en el adquirente, resalta *ab initio* en cuanto el requisito relativo a que, el transmitente sea persona, que según el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, que tal y como sostiene el motivo en el final de su desarrollo, teniendo en cuenta que la titularidad del cedente o transmitente, —esto es, el padre de la actora—, deviene por el otorgamiento en ese mismo día, de la escritura de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, en virtud de la cual, se le defieren al mismo, los bienes que, ese mismo día, transmite a la codemandada, hay que derivar, como lógica consecuencia, que en el momento de esa adquisición no podía ser persona que según la constancia del mundo registral, apareciese con facultades para transmitirlo, ya que, en el momento en que se verifica esa adquisición, es cuando inmediatamente, y sin tiempo material para su previo acceso al Registro se ha procedido a ejercitar esa habilitación dispositiva por parte del transmitente, por lo cual, al faltar este requisito, es claro, pues, que se carece de la cualidad de tercero hipotecario en la persona de la demandada, configuración que, sin más, también emerge y de qué modo porque la inscripción de la citada escritura de cesión de bienes, no se practica hasta días después, mientras que la susodicha de idénti-

ca fecha de aceptación de herencia no consta se hubiera inscrito, con lo que la improcedencia de la aplicación del art. 34 LH es bien meridiana.

Exigencia de que el acto en el que interviene el tercer hipotecario sea válido.— En méritos a que el acto adquisitivo fue declarado nulo, —según la resolución judicial hoy impugnada—, es evidente pues, que, es ese caso, ha de estarse a la normativa que fija el art. 33, esto es, que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, cuyo entendimiento, a tenor de una jurisprudencia nítida, entre las que destaca la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1989 (en la que, al examinar el requisito de la validez del acto adquisitivo, se hace constar, que para que el art. 34 sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido; pues si fuera nulo, se aplicaría entonces al art. 33, sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio; que el art. 34, es una excepción al anterior art. 33, tal y como resulta de su propia finalidad, así como, de su primitiva formulación en la LH de 1861) deriva en que si el acto adquisitivo es nulo (como en el caso de autos), no hay tal protección de la fe pública registral del art. 34, lo que ocurriría, cuando la nulidad del título fuese predicable del anterior acto adquisitivo del transmitente (que no es el caso de autos).

Los principios de fe pública registral y de legitimación registral en la legislación hipotecaria.— Se podría esbozar en línea de principios una correlación entre los arts. 33 y 34 de la LH, a su vez, completados por los arts. 32, 38 e incluso, el mandato del 79.3 del citado cuerpo legal coordinando, a su vez, las verdades inmersas en las respectivas fe pública —art. 34— y legitimación registral —art. 38—, en los siguientes términos: a) El principio de legitimación registral reflejado en el citado art. 38, como verdad formal *iuris tantum*, encuentra su antecedente en torno a los títulos no inscritos en el art. 32, los que, por esa no inscripción ni siquiera pueden gozar de aquella legitimación, y menos aún —es una obviedad innecesaria— la sanción que se explícita de los mismos de que «no perjudica a terceros». b) Ahora bien, si esos títulos se inscriben, se beneficiarían de esa tutela registral salvo que los mismos —o su antecedente negocial: actos o contratos— fuesen nulos con arreglo a las leyes, pues entonces el repetido art. 33 declara que la inscripción no los convalida, por lo que la doctrina más usual o impresa, afirma que «este art. 33 es una excepción del art. 32», o más bien, que el 33 bloquea el acceso registral de los títulos que ya sean nulos. c) Ya en terrenos de la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o «subadquirente registral» tipificado en el art. 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal no quedara afecta «aunque después se anule o resuelva el del otorgante», sanción, cuyo exacto alcance, conduce a la siguiente dualidad en su directa relación con el precedente art. 33: 1.— Si la nulidad afecta al título del tercero, esto es, el acto o contrato verificado entre el anterior titular registral y este subadquirente, el mandato de repetido art. 33, impide el juego de la fe pública registral, y, por ende, aquel tercero no estará protegido, a causa, es obvio, de que en rigor ya no es el tercero hipotecario pues su título o acceso registral fue declarado nulo con arreglo a las leyes. 2.— Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de este tercero, y sí sólo al de su «otorgante» o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela *ex* art. 34 deviene inconcusa, porque frente a la general prescripción de ese art. 33 prevalece la regla del 34, y por ello también la doctrina más conocida, habla de que «este art. 33 tiene como excepción el art. 34 respecto al subadquirente» y en esos términos ha de entenderse la doctrina sentada por la sentencia citada de 17 de octubre de 1989 («el art. 34 sólo pro-

tege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»). d) Por último, es lógico que tanto se trate de nulidad del acto anterior el del —otorgante o transmitente— como del propio el del subadquirente o tercero, la cancelación de la respectiva inscripción derivara de lo ordenado en el art. 79.3 LH; lo que en definitiva confluye en la prevalencia de la tesis del motivo, sin que a ello obste la final referencia del art. 34 de que para esa fe pública registral, si concurren los demás requisitos, no sea obstáculo el que luego se anule o resuelva el título del otorgante, por virtud de causas que no constan el Registro, por cuanto que en este caso de autos, lo que se ha anulado no es, justamente, el derecho del otorgante, sino, el propio derecho del tercero hipotecario. (STS de 22 de abril de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La parte actora presentó demanda solicitando que se declararan nulas las disposiciones testamentarias que vulneraban sus derechos hereditarios como hija adoptiva, así como la escritura de cesión de bienes a cambio de alimentos que su padre adoptivo había convenido con los demandados y de todas las inscripciones registradas que tuviera como causa los anteriores títulos. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y admitió la nulidad de la institución de heredero de los testamentos de los padres adoptivos, así como la aceptación, adjudicación y liquidación de la sociedad de gananciales realizada por el esposo supérstite en cuanto que perjudicaba la legítima de la actora. Con relación al contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos otorgado por el padre adoptivo a favor de los demandados se declara también nulo en cuanto perjudica la legítima de la hija adoptiva, y sin embargo no ha lugar a la restitución de los inmuebles cedidos en poder de la codemandada por entender el Juzgado que tiene la cualidad de tercero hipotecario. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y condenó a los codemandados a la restitución de los inmuebles cedidos e igualmente declaró la nulidad de las inscripciones registrales. (E.S.M.)

5. DERECHO DE FAMILIA

49. Patria potestad. Ejercicio de acuerdo con la personalidad del hijo. Proceso para la privación de la patria potestad.— En cuanto a las concretas alegaciones formuladas en el motivo, ha de decirse que: a) Ciertamente, la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, todo ello en su beneficio, pero de ello no debe inferirse que los padres puedan verse privados de aquélla por concurrir especiales circunstancias en el hijo o por otra preferencia de éste ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas, como bien se razonó por el Juez de Primera Instancia, ya que no es tal el sentido del art. 170.1.º CC cuando se refiere al «incumplimiento de los deberes inherentes a la misma», incumplimiento que presupone la prueba de que así ha sucedido en la realidad, lo que no acontece en este caso. b) Cuando el art. 154 determina que «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten», no

impone que hayan de serlo necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad —como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en su ejercicio conjunto, art. 156.2.º— sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten.

Medida establecida en el art. 158.2.º CC. Impugnación casacional.— La naturaleza de la medida establecida en el art. 158.2.º y la discrecionalidad que implica no permite su impugnación casacional, tanto si es concedida como denegada en la instancia, salvo los supuestos de impugnación de los fundamentos fácticos de la misma por vía de error en la apreciación de la prueba, que no se ha seguido en este recurso.

Recurso de casación.— Se dirige contra el fallo de la sentencia impugnada y no contra sus razonamientos (Sentencias de 23 de marzo de 1991 y 18 de febrero de 1992), alguno de los cuales puede ser erróneo o inoperante, como aquí sucede, sin afectar a lo decidido con acierto por el Tribunal de instancia. (STS de 25 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrente, doña M.^a Luisa M.C., solicitó, en la demanda iniciadora de este proceso, que se prive a don Ricardo R.N. de la patria potestad que venía ejerciendo sobre su hija, y que la guarda y custodia de la niña sea encomendada a la actora, tía de la niña designada en el testamento abierto otorgado por la fallecida madre de la niña, doña Adela M.C., así como también adoptar la medida cautelar consistente en conceder interinamente la guarda y custodia de la menor a dicha demandante, medida que fue acordada por el Juzgado en auto de 7 de mayo de 1990. Dictada sentencia desestimatoria de la demanda y dejando sin efecto la medida, la Sra. M.C. interpuso recurso de apelación, que fue a su vez desestimado por la Audiencia, cuya sentencia se recurre ahora en casación. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación. (A.C.S.)

50. La investigación de la paternidad no vulnera los derechos constitucionales (intimidación personal, integridad física) del sujeto que se comete a las pruebas biológicas.— Los derechos a la integridad física y a la intimidad personal, que garantiza los arts. 15 y 18 CE no se pueden considerar vulnerados, cuando es acordado judicialmente un reconocimiento hematológico, como prueba propuesta y razonadamente admitida en un procedimiento de reclamación de filiación, entre cuyos medios de justificación la propia Ley autoriza esta probanza. El principio también constitucional del art. 39.2 hace que necesariamente prevalezca el interés social y de orden público, connatural a toda declaración de paternidad, y base fundamental de los demás derechos correspondientes a la filiación, al proteger a esta tanto dentro como fuera del matrimonio. Así pues la negativa del demandado que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas, no puede conducir a la consagración de la impunidad, respecto a la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares. La intervención quirúrgica que supone la extracción de unos cuantos centímetros de sangre, no se puede calificar, desde otro punto de vista, como un atentado a la integridad física, ni muchos menos una ingerencia degradante para la intimidad o dignidad de la persona, pues realizada la operación por un profesional de la medicina, y con las modernas garantías asépticas y sanitarios, queda eliminado cualquier riesgo físico; resultando pueril alegar como justificación de la negativa, un posible contagio de enfermedades infecciosas o un ataque al recato de una persona.

Causas por las que podría estar justificada la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— Sólo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento a la prueba biológica, entre estas causas, y sólo a título de ejemplo, podríamos citar: el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarla; la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado; la absoluta falta de necesidad de la misma, pues existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin justificatorio, etc. Sin la existencia de estos evidentes obstáculos, cualquier conducta obstructivista del demandado, sólo merece el calificativo de ilegítima por falta de justificación y llevará aparejada la sanción valorativa que el Tribunal considere oportuna.

Imposibilidad de obligar físicamente a someterse a las pruebas biológicas.— El Tribunal *a quo* así lo entendió, mas como en la legislación vigente, tanto penal como procesal, no existe medio de clase alguna que permita a los jueces obligar físicamente al litigante reticente a someterse por la fuerza a la extracción de sangre (véase los arts. 496 y 372 CP, el segundo referido sólo a los peritos y testigos y la STC 34/193) hizo lo único que estaba a su alcance: efectuar un proceso valorativo de la irregular e injustificada conducta del demandado.

Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— La Sala de Apelación, valoró la conducta negativa del demandado, y esa valoración sólo le pudo conducir a estimarla como un valioso indicio en favor de la apreciación de la paternidad que se reclamaba; de distinta naturaleza de la *ficta confessio* que autoriza el art. 593 LEC (pues tal negativa está plasmada en norma legal alguna, y en todo caso sería una *ficta pericia*) pero si de inestimable eficacia probatoria, complementada con otros elementos de prueba. (STS de 27 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Planteada demanda por la madre en nombre y en representación de su hija se reclamaba la filiación paterna no matrimonial, el presunto padre se opuso a la demanda y se negó a que se le practicara la prueba biológica, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

51. Valoración jurisprudencial de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad.— En cuanto a la valoración de su negativa a someterse a la prueba biológica sobre su paternidad, la Audiencia se atuvo a la doctrina jurisprudencial interpretativa de los arts. 127 y 135 CC, según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica, aun no constituyendo *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelan la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (SS TS de 5 y 7 de marzo de 1992, 17 de junio del mismo año, 26 y 28 de abril de 1993).

Las pruebas biológicas no infringen los derechos constitucionales (intimidad, integridad y honor) del sujeto pasivo.— En lo relativo al derecho constitucional del presunto padre a su intimidad, integridad y honor, que invoca el recurrente, sólo ha de recordarse que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (STS de 15 de marzo de 1989),

lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial antes reseñada en absoluto conduce a violación alguna de los derechos del recurrente, pues las pruebas biológicas no afectan a la integridad física y moral de la persona ni mucho menos implican intromisión en su intimidad u honor, sino que constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad. (STS de 18 de mayo 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Planteada demanda por la madre en nombre y en representación de su hijo se reclamaba la filiación paterna no matrimonial, el presunto padre se opuso a la demanda y se negó a que se le practicará la prueba biológica, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

52. La reclamación de filiación paterna no matrimonial en los casos de padre fallecido.— La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida (art. 133 CC) y, por tanto, es ejercitable por el mismo aunque haya fallecido el designado como presunto padre (o madre, si lo que se cuestiona es la maternidad), lo que entraña que del material probatorio utilizable han de quedar, obviamente, excluidas en dicho supuesto las pruebas biológicas.

Valoración de las pruebas indirectas o presuntivas en los procedimientos de investigación de la paternidad.— En orden a la interpretación del art. 135 CC es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 del mismo Código, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de manera análogo» (SS de 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas). Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el presente motivo ha de ser desestimado, pues los hechos que las contestes sentencias de la instancia declaran probados, guardan una patente analogía, con los ya dichos que el art. 135 CC enumera en relación abierta, en cuanto notoriamente indiciarios aquellos de las relaciones afectivas y sexuales tenidas exclusivamente con el presunto padre, mantenidas durante diez años, dentro de cuyo período de tiempo se produjo la concepción y el nacimiento del demandante, y aquí recurrido, por lo que se ajusta a la más estricta lógica, según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC) la conclusión favorable a la declaración de paternidad del fallecido. (STS de 16 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante y en el recurso de casación recurrido entabló demanda solicitando que se declarase la filiación paterna no matrimonial de su padre ya fallecido, así como su condición de here-

dero forzoso con derecho a percibir la legítima del haber hereditario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó. (E.S.M.)

53. Deudas contraídas por el cónyuge comerciante sometido al régimen de gananciales.— Los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges dado que los Sres. L. ejercían actividades comerciales, y no consta que sus respectivas esposas se hayan opuesto en la forma legal negando expresamente su consentimiento para soportar las consecuencias de dicha actividad, por lo que a tenor de lo dispuesto en los arts. 6, 7, 11 y 12 CCO, en relación con el art. 1.556-2.º CC, los bienes gananciales de los respectivos matrimonios responden directamente, en su caso, de las deudas contraídas por los esposos.

Efectos frente a terceros de las modificaciones del régimen económico matrimonial.— De aquí que no pueda pretenderse como intenta la entidad recurrente, ora sea con nueva valoración de documentos, que desliza en los motivos segundo y tercero, ora sea con nueva valoración de la prueba de confesión, que desliza en el motivo cuarto, obtener la casación de la sentencia sobre el particular de la afectación de los bienes, ya que ésta no pone en cuestión el alcance de la responsabilidad, sino la repercusión de la misma, según la operatividad frente a terceros de las modificaciones del régimen patrimonial. La jurisprudencia, por lo demás es clara.

Requisitos de publicidad para la oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales.— La validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *ad solemnitatem* y no meramente en forma *ad probationem* y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, mas estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 1.333 CC, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria y, especialmente, en concordancia con lo establecido por el art. 75 del Reglamento Hipotecario.

Distinción entre la eficacia entre las partes y frente a terceros del cambio del régimen económico matrimonial.— No cabe que se confundan los que son efectos *inter partes* de los acuerdos de esta naturaleza, incluso de sus proyecciones en función de la inscripción en el Registro civil, por lo que el cambio de régimen económico matrimonial representa, con lo que son derechos de terceros sobre bienes inmuebles concretos y determinados que constan en una relación ofrecida por las partes como tales bienes gananciales que se hacen, con toda sujeción a Derecho, depender de cual sea su situación registral pública. (STS de 6 de junio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Una entidad bancaria promovió juicio de menor cuantía contra cuatro comerciantes y sus respectivas esposas, en reclamación de cantidades y solicitando adicionalmente que se declarara que determinados bienes que habían sido gananciales se hallaban afectos al pago al que fueren condenados los deudores, por no tener eficacia a estos efectos las modificaciones de los regímenes económi-

cos convenidas por los matrimonios demandados. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia del Juez de Primera Instancia, en el sentido de condenar también solidariamente a los cuatro comerciantes demandados y declarar que los bienes que habían sido gananciales se hallaban sujetos al pago de la deuda, por ser las capitulaciones matrimoniales inoficiosas frente al acreedor, al haberse inscrito en el Registro con posterioridad al nacimiento de la deuda. El Banco acreedor ejercitó el recurso de casación por entender que los bienes gananciales estaban afectados al pago de la deuda. Una de las esposas de los deudores recurrió también alegando que la fecha que había de tenerse en cuenta por los terceros no era la de la inscripción de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad, sino, en todo caso, la de mención de las mismas en el Registro civil. El Tribunal Supremo rechazó ambos recursos.

NOTA.— Con una técnica no demasiado depurada, acaso heredada de las sentencias de instancia —que hablaban de capitulaciones inoficiosas cuando tenían que haber dicho inoponibles—, el Tribunal Supremo analiza la repercusión que sobre unas deudas contraídas en el ejercicio del comercio pueden tener las modificaciones de los regímenes económicos de los deudores, decidiéndose acertadamente por el expediente de la inoponibilidad. Por otra parte, se plantea el interesante problema de decidir cuál de las dos fechas, la de inscripción de la escritura pública de capitulaciones en el Registro de la Propiedad o la de su mención en el Registro civil, es la que habrá de tenerse en cuenta para inferir la posterioridad del cambio de régimen económico que es imprescindible para aplicar la inoponibilidad, decidiéndose por la solución hipotecaria cuando la responsabilidad se quiere concretar sobre inmuebles inscritos. (L.F.R.S.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

54. Interpretación de cláusula testamentaria.— El art. 675 CC consagra la voluntad del testador como regla de oro en materia de interpretación testamentaria. Resulta claro del tenor literal de la disposición testamentaria, que la voluntad real del testador fue, de una parte, que su esposa tuviera cubiertas todas sus necesidades en vida; y de otra, que el sobrante de sus bienes pasara concretamente a sus sobrinas o a sus descendientes, a su propia familia. La cláusula testamentaria por la cual el causante dispone que al fallecimiento de su mujer, los bienes de que no hubiera dispuesto en vida, pasaran por partes iguales a las sobrinas del testador estableció un verdadero fideicomiso de residuo, en la modalidad *si aliquid supererit*.

Alcance de las facultades de disposición del heredero fiduciario.— Dado que la institución de que se trata tiene un fundamento indudable en la confianza y buena fe que merece al testador el heredero en orden al cumplimiento de su voluntad, resulta de toda evidencia que las aludidas facultades han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el art. 781 del CC, ofrece notas comunes con ellas y permite la

aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores. Según esto, la expresión «los bienes de que esta no hubiera dispuesto en vida» no supone otorgamiento para disponer *mortis causa* y sí lleva consigo la concesión de amplias facultades de disposición *inter vivos*. Ahora bien, hay que distinguir entre aquellos actos dispositivos que llevan consigo una salida definitiva e incondicional de bienes del patrimonio hereditario, de aquellos otros en que no obstante concurrir esa circunstancia, ello sólo fuese en apariencia, al volver a entrar los bienes en la esfera dispositiva de la heredera por vía del cambio, sustitución o conversión de unos bienes por otros, de tal manera que los «nuevos bienes» pasan a integrar el patrimonio personal de la heredera fiduciaria, con notorio perjuicio de las herederas fideicomisarias y con la consecuente desviación, en la práctica, de la voluntad del testador. Fue voluntad del testador la de querer asociar al pleno y libre dominio de los bienes concedidos a su esposa el criterio de subrogación con la finalidad de atemperar, en favor de las sobrinas, las facultades de disposición otorgadas a aquélla.

Carácter del heredero fideicomisario.— Tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos. El fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita al posterior cumplimiento de la condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más será un heredero sometido a condición suspensiva, que mientras esta no se cumpla no tiene más que una simple expectativa de derecho. Como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que muera el fiduciario, que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario. (STS de 22 de junio de 1994; ha lugar al recurso).

HECHOS.— Don S.C.G., casado con doña A.E.C. y sin hijos, otorgó testamento abierto en el que instituyó heredera universal a su esposa, estableciendo igualmente que al fallecimiento de ésta los bienes de que no hubiera dispuesto en vida pasaran, por partes iguales, a las sobrinas carnales del testador doña M.T.C.A. y doña M.A.C.A.

Posteriormente, fallecido su esposo, doña A.E.C. otorga testamento en el que ordena una serie de legados e instituye herederos, en el remanente de sus bienes, tanto en la nuda propiedad como en el usufructo vitalicio; además de nombrar albaceas.

Tras el fallecimiento de doña A.E.C. las sobrinas de su esposo formulan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la declaración y determinación, previa rendición de cuentas, del importe del fideicomiso de residuo del que son herederas y la condena al albacea y herederos a la entrega de los bienes y derechos de su pertenencia así como los frutos e intereses devengados desde la muerte de la causante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima las pretensiones de las demandantes, señalando que en la determinación del importe del fideicomiso regiría el criterio de subrogación real. Apelada la sentencia, es revocada en parte en lo referente al criterio de determinación del importe del fideicomiso, entendiéndose en este caso que las facultades de disposición de la causante abarcaban tanto los negocios a título oneroso como gratuito. Esta sentencia es recurrida en casación por doña M.T.C.A. y doña M.A.C.A. (C.P.A.)

55. Problemas de calificación de la institución.— «Calificado en la sentencia recurrida el legado instituido a favor del demandante-recurrente como de legado modal, tal calificación jurídica, ahora combatida, es la que el recurrente aceptaba en la fundamentación de su demanda; no obstante, en el desarrollo del motivo se entiende que la intención del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas. Aún aceptando como se dice en el motivo que el señalamiento de las pensiones a favor de las hermanas del testador y a cargo del legatario recurrente constituyen un sublegado, de acuerdo con la doctrina de esta Sala recogida en la sentencia de 4 de junio de 1965 según la cual «la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», ello no sería bastante por sí solo para la casación de la sentencia impugnada».

No ha habido pérdida del objeto del legado.— «No resulta probado en autos que la manda o sublegado constituido a favor de las demandadas superase el valor de lo legado al recurrente ni que el legado gravado se haya perdido por causas ajenas a la voluntad del legatario. No estando condicionado por la voluntad del testador el pago de la pensión instituida a favor de sus hermanas con carácter vitalicio, a la buena marcha del negocio del que era partícipe y cuya participación legó a su sobrino recurrente; y no puede considerarse aplicable el art. 869.3.º a la ruina del referido negocio ya que está contemplado el supuesto de pérdida de la cosa legada producida desde el momento de la institución hasta la entrega de la cosa al legatario». (STS de 28 de mayo de 1994; no ha lugar al recurso).

HECHOS.— En testamento de fecha 27 de enero de 1972, D. José María S. de H. instituye legatario a su sobrino D. Juan José D. con unas participaciones en la sociedad mercantil «S. de H., S.L.», siendo una de las condiciones de este legado la obligación del favorecido de abonar mensualmente una pensión a sus tias (hermanas del causante) Dña. Agustina y Dña. Dolores S. de H. (durante el curso de la *litis* se discute si se trata de un legado modal o condicional en favor de D. Juan José, y de si la atribución a Dña. Agustina y Dña. Dolores constituye o no un sublegado). El legatario presenta demanda solicitando quedar relevado del pago de las pensiones instituidas o alternativamente, quede suspendido el pago hasta que las circunstancias lo permitan y el objeto del legado se revitalizara. El Juzgado de Primera Instancia admite íntegramente la demanda, declarando extinguida la obligación derivada del legado instituido en favor de D. Juan José D. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dicha sentencia y declara el derecho de las apelantes a recibir mientras vivan la renta establecida en el testamento por el causante. (J.A.F.C.)

56. Rentas y frutos percibidos de los bienes hereditarios que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición.— «El art. 1063 del Código civil ha sido correctamente aplicado por el Tribunal de Apelación para excluir de la partición hereditaria la referida cantidad, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que en su sentencia de 6 de mayo de 1978 dice que “como ya declaró esta Sala en sentencias de 9 de junio de 1928, 28 de mayo

de 1931 y 12 de abril de 1944, no es dable confundir el derecho que concede a los herederos el citado precepto legal con las obligaciones inherentes a una administración de un patrimonio indiviso”, en tanto que la sentencia de 30 de octubre de 1976 establece que «al disponer el art. 1.063 del Código civil que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere recibido de los bienes hereditarios, y al desprenderse de los hechos probados en la resolución que se impugna y de su misma parte dispositiva aue las demandas o el causante de una de ellas, disfrutaron desde la extinción del usufructo de sus padres, de mayor porción de bienes de los que les correspondían, en virtud del testamento, es evidente, que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones pertinentes, tal y como se solicita en el pedimento sexto del escrito de réplica, en el que, de acuerdo con lo prevenido en el art. 548 de la Ley de Trámites y sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1894, se ratificó el correlativo de la demanda, sin que a ello obste lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 451 de la Ley Civil sustantiva, por implicar el mismo una norma de carácter general, que debe ceder ante la específica del 1063 aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia, según sentencia de 9 de junio de 1028, sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de derecho, el que dice que: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenuit*, tanto más cuanto que, en este caso las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe», declarado por la sentencia de instancia que no se ha acreditado la existencia de las rentas ni la producción de frutos de los bienes, a que se contrae la tan repetida cifra, sin que esa declaración fáctica haya sido combatida en el recurso, ha sido correctamente aplicado, se repite, el citado art. 1063 que impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *parcipiendi*». (STS de 30 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Seguidos autos de juicio voluntario de testamentaría formula oposición contra las operaciones particionales realizadas una de las coherederas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia aprobando las citadas operaciones e introduciendo determinadas modificaciones que la sentencia relaciona. La Audiencia revoca la resolución del Juzgado excluyendo una partida que corresponde al tercio de frutos y rentas de los inmuebles administrados y poseídos por coheredera distinta a la que formuló su oposición, al entender que no queda debidamente acreditada la existencia de dichos frutos de los inmuebles. Recurre en casación la coheredera que se opuso y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

57. Reconvención formulada *al cautelam* para el caso de que la demanda principal sea estimada.— «El motivo del recurso acusa de incongruencia a la sentencia recurrida al haberse pronunciado sobre la reconvención (desestimándola además) cuando la misma fue formulada para el único y exclusivo supuesto de que fuera estimada la demanda, lo que no ha ocurrido. El expresado motivo ha de ser estimado pues si la sentencia recurrida ha desestimado totalmente la demanda principal, no podía entrar a conocer de la reconvención, ni resolverla en ningún sentido, sino que simplemente debió limitarse a tenerla por no formulada».

No cabe modificación unilateral por el albacea de una partición previa ya aceptada por los herederos.— «Dirigida la demanda principal a que se declare la eficacia y obligatoriedad para las herederas litigantes y para el albacea Sr. Riviere Ribas de lo estipulado en la escritura particional de 10 noviembre de 1988, y la subsiguiente ineficacia o nulidad de la división que realizó el expresado albacea entre mediante la escritura pública de 26 de julio de 1989. El albacea universal Sr. Riviere no puede modificar unilateralmente la partición que ya había hecho con el pleno consentimiento de las herederas interesadas, pues las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos». (STS de 25 de abril de 1994; ha lugar al recurso).

HECHOS.— En testamento otorgado por D. Salvador Mas Rovira son instituidas herederas universales a partes iguales sus dos hijas D.^a Carmen y D.^a Teresa Mas Alfonso; y es nombrado albacea D. Juan-José Bondía, con todas las facultades propias del albaceazgo universal, y por un plazo máximo de ocho años. Por renuncia de D. Juan-José, el Juzgado designó albacea dativo a D. José-Luis Riviere «con las mismas funciones y facultades que el albacea testamentario sustituido». El Sr. Riviere realiza en escritura pública de 10 noviembre de 1988, suscrita también por las herederas, una adjudicación a cuenta del as hereditario, con asignación individual de algunas de las fincas (14 de 21 totales), y asignación de otras de aprovechamiento conjunto por ambas herederas (las 7 restantes), las cuales negociarán en breve plazo su reparto, y si no llegaran a un acuerdo, el albacea las adjudicará bien por mitades indivisas referidas a todas y cada una de dichas fincas, o bien adjudicando dos de las seis (números 9 y 10) individualmente, y las otras cinco en comunidad ordinaria. Posteriormente una de las fincas (la 18) es objeto de un procedimiento administrativo de parcelación, a cuyas resultas existen dos parcelas. El albacea entrega una de éstas a D.^a Carmen, y la otra a D.^a Teresa. D.^a Carmen impugna esta última asignación (escritura 26 julio 1989) y solicita que ambas parcelas sean declaradas en régimen de comunidad ordinaria, siguiendo cuanto quedo acordado en la escritura de adjudicación. D.^a Teresa interpone reconvencción *ad cautelam* para pedir la división de ambas parcelas si se impugna la última asignación el albacea y se declara su régimen de copropiedad ordinaria. (J.A.F.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

58. Crédito documentario irrevocable y prorrogado: Doctrina general.— Al no estar regulado por el Derecho positivo el crédito documentario irrevocable ha de acudir a las Reglas y Usos Uniformes, según el texto aprobado en su última revisión, publicación número 400 de la Cámara de Comercio Internacional, que entró en vigor el 1.º de octubre de 1984 conforme a las cuales se trata de «un medio de pago en virtud de cual un Banco (banco emisor) obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente

(ordenante) se compromete a efectuar un pago a un tercero (beneficiario) contra entrega de los documentos exigidos por el ordenante y siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones en que el crédito documentario se haya establecido (art. 2 de las R.U.U.). Cuando el Banco emisor no posea establecimiento en el lugar del domicilio del exportador la emisión del crédito documentario se notifica al beneficiario utilizando los servicios de un banco del país exportador (Banco notificador o avisador) el cual se encargará de comunicar su apertura al beneficiario (art. 8.º). Dado que el Banco avisador es elegido por el Banco Emisor, el beneficiario, para su mayor confianza o comodidad, puede solicitar a un tercer Banco, Banco intermediario o pagador, del que sea cliente, que se encargue de recibir los documentos y de pagar, remitirlos posteriormente al Banco avisador y reembolsarse del mismo (art. 16).

Concurso de responsabilidades contractual y extracontractual: nueva dirección jurisprudencial.— Según SS de 2 de febrero de 1990, 6 de octubre de 1992 y 15 de febrero de 1993 (que citan otras anteriores), si bien referidas a supuestos distintos del crédito documentario, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Perjuicio extracontractual del beneficiario de un crédito documentario: Prórroga: falta de notificación al Banco Intermediario.— La doctrina del Tribunal *a quo* según la cual los gestores de un crédito documentario (Banco avisador y Banco pagador) se encontraban vinculados por el régimen contractual de las Reglas y Usos Uniformes, razón por la cual no podía prosperar contra ellos la acción ejercitada por culpa extracontractual no puede prosperar conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, dado que hay base jurisprudencial para proteger a la víctima y que ésta puede prescindir de la relación contractual (crédito documentario) y reclamar que se le pague el daño producido fuera del contrato, pues el error de dar por extinguida la relación contractual se produce por una omisión negligente, cual no comunicar la modificación de crédito que tenía que haber realizado el Banco avisador no sólo al beneficiario, como hizo, sino también al Banco intermediario o pagador que se encargaba de recibir los documentos y de pagar, así como de remitirlos posteriormente al Banco avisador y reembolsarse; ello implica que el BBV actuó conforme a las reglas de la sana crítica y buena fe bancaria al calificar el crédito como vencido si no se le había notificado su prórroga, notificación que no probó haber realizado el Banco I. y que correspondía según enseñan las máximas de experiencia, pues en autos quedó acreditado que la fotocopia de la notificación a A.H. obrante en poder del BBV se le entregó a éste cuando ya se había producido el daño; en consecuencia, la acción ejercitada por el perjudicado ha de ser estimada respecto de Banco I., pero ha de absolverse al BBV, pechando aquél con las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba del hecho obstativo, extintivo o impeditivo de su responsabilidad. (STS de 17 de junio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— En el caso que nos ocupa, Altos Hornos de Vizcaya, S.A., ejercitó una acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente al Banco de Bilbao (después Banco de Bilbao Vizcaya, S.A.)

y Banque Indosuez en reclamación de 85.433.771 ptas., contra valor de 643.646,47 dólares USA. al cambio oficial del día 1 de diciembre de 1986, más los intereses legales y costas, sobre la base de los siguientes hechos:

1.º) Con fecha 5 de noviembre de 1986 fue establecido a favor de Altos Hornos de Vizcaya un crédito documentario a la exportación por cuantía inicial de 650.633 dolares USA, irrevocable, amparando una operación exportadora de productos siderometalúrgicos, siendo el Banco emisor Banco Líbano-Francaise (Francia) interviniendo los Bancos demandados, Indosuez como avisador y Bilbao Vizcaya como beneficiario pagador.

2.º) El crédito tenía un vencimiento inicial al 24 de noviembre de 1986, siendo prorrogado con fecha 14 de noviembre de 1986 hasta el día 1 de diciembre de 1986.

3.º) El crédito documentario irrevocable debía hacerse efectivo contra la entrega de los documentos relacionados en el condicionado del mismo, entrega que realizó Altos Hornos de Vizcaya, S.A., en las oficinas del Banco de Bilbao el día 28 de noviembre de 1986, dentro del plazo prorrogado con la modificación introducida en el crédito litigioso.

4.º) El Banco de Bilbao, recibidos los documentos, mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 1986 hizo seguir tales documentos al Banque Indosuez, avisador, formulando la observación de que el crédito estaba vencido.

5.º) Como consecuencia de la indicada observación de «crédito vencido», los documentos fueron remitidos al Banco emisor, Banco Líbano-Francaise, en *gestión de cobro*, lo cual ocasionó que tal Entidad no se hiciera cargo de los mismos a la espera de instrucciones, las cuales se concretaban en que por el ordenante del crédito, Ferblamo Sam, fuera autorizado el pago dada la observación de «crédito vencido». Con posterioridad el Banco emisor responde no poder tramitar su reclamación dado que la deudora se encontraba en estado de suspensión de pagos.

6.º) El Banco de Bilbao, a pesar de ello, reitera la reclamación de pago alegando la presentación de los documentos en plazo y excusando su error al no haber sido notificado por el Banco avisador de la modificación del crédito (doc. 12 de la demanda).

7.º) El Banque Líbano-Francaise no responde a este télex y el Banco de Bilbao se dirige al Banque Indosuez, iniciándose una serie de correspondencia cruzada entre ambos bancos, eludiendo cada uno de ellos su responsabilidad e inculpando al otro.

8.º) Con todo ello se produce el perjuicio económico de Altos Hornos de Vizcaya, S.A., en cuanto que tal entidad ha suministrado el material contratado y no ha sido abonado por nadie su valor monetario. (G.G.C.)

59. Seguro. Exclusión de cobertura.— La exclusión de responsabilidad en la que se aparta de la cobertura prevista, a las enfermedades, entre otras, derivadas de trastornos cardiovasculares, cualquiera que sea el sentido de las expresiones utilizadas, habrá de entenderse que se refiere de una manera notoria a la inserción de cláusulas limitativas de derechos de los asegurados.

dos, por cuanto que, el acaecimiento de esta eventualidad supone si se considera vinculante dicha exclusión, que el derecho del asegurado a obtener el resarcimiento correspondiente al riesgo cubierto, se verá no solamente limitado, sino eliminado, por lo que se reitera, sin que exista, pues duda alguna de que dicha exclusión se refiere en concreto a una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, es evidente, que se requiere como presupuesto inicial y básico para entender luego su habilitación vinculante la previa y expresa aceptación de la misma por ese asegurado. El que se trate de un seguro colectivo, no excluye la aplicación del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro. En los supuestos en los que el tomador y el asegurado son personas distintas es aquél el que debe aceptar dichas cláusulas. (STS de 14 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El señor X falleció mientras trabajaba; la muerte se debió al infarto de miocardio; como causa inmediata de tal infarto actuó la presión y el «stress» a que estaba sometido por el exceso de trabajo. La actora, mujer del fallecido, demandó a la Cía. P.U., para que ésta fuese condenada al pago de la indemnización solicitada, y ello debido a que el fallecido estaba asegurado en la póliza colectiva suscrita por la Dirección General de Correos, con la demandada, en la que se cubría el riesgo de accidentes corporales, con varias exclusiones, entre ellas los ataques cardiovasculares. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, apelada la sentencia la Audiencia Provincial admitió el recurso y concedió la indemnización; la compañía de seguros recurre en casación. (F.M.G.)

60. Consorcio de Compensación de Seguros. Naturaleza jurídica. Normativa rectora de la obligación de pagar intereses de demora. Aplicación del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro privado, e inaplicación del art. 45 de la Ley General Presupuestaria número 11/1977, de 4 de enero.— La cuestión principal sobre la que el TS tiene la oportunidad de decantarse en esta sentencia, es determinar, de los dos preceptos mencionados, cuál es el aplicable a la hora de establecer la cuantía de los intereses moratorios.

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, modificó el régimen jurídico del Consorcio de Compensación de Seguros, a fin de adaptarlo a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, definiéndolo como una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pero dotada de patrimonio distinto al del Estado debiendo ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado. Además en la citada Ley se estableció, que el Consorcio quedará sometido, en el ejercicio de su actividad aseguradora a lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Seguro Privado y en la Ley de Contrato de Seguro, puntualizándose, que en ningún caso le serán de aplicación, la Ley de Entidades Estatales Autónomas, ni la Ley de Contratos del Estado.

Este cambio de naturaleza determinó, que a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, esta entidad quedará sometida en el ejercicio de su actividad aseguradora a la ordenación del Seguro Privado, y por tanto, a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro Privado, que preveía que transcurridos tres meses desde la producción del siniestro sin satisfacer la indemnización, ésta se incrementaría en un 20 por ciento anual.

De esta nueva normativa se deriva que, la obligación de pago de intereses de demora ya no se rige por el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, precepto que establece una serie de particularidades que constituyen un régimen más favorable, y que fue aplicado al Consorcio de Compensación de Seguros hasta que por la Ley citada se produjo la mutación de su naturaleza jurídica, lo que determinó en esta sentencia, la inaplicabilidad de dicho precepto. (STS de 5 de julio de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el Consorcio de Compensación de Seguros, sobre reclamación de cantidad, en concepto de intereses por el retraso en el pago de indemnizaciones derivadas de diversos siniestros, dado que el pago se demoró en un período de veinte meses.

NOTA.— La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la Disposición adicional sexta, ha dado una nueva redacción al art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, al objeto de aclarar la regulación de la materia a que se refiere esta sentencia, tratando de evitar las dificultades interpretativas existentes y moderando la fórmula del interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero.

En lo referente al pago de intereses por el Consorcio de Compensación de Seguros, esa normativa aparece regulada en el apartado 9, del nuevo art. 20, el cual determina el momento en que el Consorcio incurre en mora, y el apartado 4 del citado artículo, en el que se especifica que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por ciento. Además se prevé que, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por ciento. (*M.I.M.P.*)

61. El Consorcio de Compensación de Seguros no sustituye a las compañías aseguradoras insolventes o en fase de disolución asumiendo las obligaciones derivadas del Seguro Voluntario de automóviles.— «El segundo motivo causa la infracción del art. 3.º del Decreto Ley 18/1964 de 3 de octubre de su apartado c), en relación con el número 1 del art. 3.º del vigente Código Civil. El motivo no puede sino fracasar, porque está bien claro que el artículo que se cita en principio de la Ley 18/1964, en su apartado d) establece: «Asumir, dentro del ámbito del Seguro Obligatorio (de vehículos de motor), los riesgos no afectados por las entidades aseguradoras, sin perjuicio de su distribución entre las mismas», añadiendo en el párrafo e), que es el aquí específicamente aplicable: «El cumplimiento de las obligaciones de dichas entidades cuando se encuentren en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra». Como se advierte, esta Disposición legal, desarrollo como dice su Preámbulo del art. 45 de la ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, gira en torno a su *ratio legis* que no es otra que la propia del Seguro Obligatorio de Automóviles y no el Seguro Voluntario y lo demuestra que ese era el principio en que se basa la *mens legislatoris*, que tanto el Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio

(art. 8) sobre el Consorcio de Compensación de Seguros, continuador del Fondo Nacional de Garantías como el art. 17-2-c) del Reglamento aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que enmarcan cuál es el criterio legal —no obstante el hicapié que se hace del art. 3-1 del Código civil—, no dan otra idea que la de sustitución para el Seguro Obligatorio del Automóvil y dentro de sus límites, de las Compañías Aseguradoras por un estado de insolvencia o imposibilidad financiera de cumplir con el compromiso de la suscripción de tal seguro, por el Consorcio de Compensación de Seguros sin que sea factible asumir las obligaciones del Seguro Voluntario y así lo tiene establecido una doctrina pacífica de esta Sala en lo que se rechaza incluso la vinculación de doctrinas de otras Salas de este Tribunal de diversa tendencia en temas como éste de jurisdicción específicamente civil (SS de 30 de mayo y 2 de julio de 1991; 12 de marzo y 27 de octubre de 1992)». (STS de 28 de septiembre de 1994; no ha lugar)

HECHOS.— La demanda de la que arranca el recurso de casación se dirige contra el Consorcio de Compensación de Seguros en reclamación de la indemnización que, concedida por la jurisdicción penal, no ha sido satisfecha totalmente por estar en liquidación la entidad aseguradora, condenada al pago de la indemnización resultante a un accidente. Según la actora es el Consorcio quien subsidiariamente ha de restañar las consecuencias económicas de los siniestros producidos por vehículos de motor cuando se den en las aseguradoras circunstancias de insolvencia o imposibilidad de cumplir sus compromisos. La sentencia de Primera instancia accede a la demanda pero fue revocada por la Audiencia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

III. DERECHO PROCESAL

62. Principios básicos vigentes en el proceso.— Los Tribunales deben interpretar las normas de tal forma que se haga efectivo el principio de contradicción y que prevalezca los de defensa y bilateralidad (art. 24.1 CE), cuando una lectura demasiado formal de la ley pudiera dar lugar a una vulneración de tales principios ocasionando un perjuicio a los titulares de derechos legítimos.

Requisitos para la aplicación del art. 777 LEC.— El art. 777 LEC se aplica al que ignora la existencia del procedimiento. En su virtud se concibe la situación del demandado emplazado por edictos como de «rebeldía ficticia». Por otra parte, la circunstancia 2.ª del art. 777 LEC no se ve alterada por una estancia temporal del demandado en el sitio en el que tuvo lugar el juicio, siempre que no se produzca desde que aquél fue emplazado hasta la publicación de la sentencia, o bien al tiempo de ser publicados los edictos de emplazamiento. (STS de 30 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de vecinos del edificio en donde los recurrentes son propietarios de un piso les demanda por obras inconsonantes en elemento común. Se constata que los recurrentes-demandados tienen su residencia y domicilio en EE.UU. de América del Norte, por lo que son emplazados por medio de edictos en el B.O. Provincial

correspondiente.

Tras ser dictada sentencia en rebeldía, los demandados apelan ante la Audiencia Provincial solicitando audiencia contra dicha resolución con base en el art. 777 LEC. La petición es rechazada con la argumentación de que existen pruebas de que los demandados estuvieron al menos temporalmente en el partido judicial donde se siguió el proceso.

Los demandados recurren ante el TS y alegan indefensión, con base en el art. 24.1 CE, derivada de la forma edictal en que se produjo el emplazamiento. (*J.C.E.L.*)

63. La pasiva actitud procesal de la recurrente le impide alegar indefensión a ella imputable.— «Se denuncia la falta del preceptivo requerimiento de pago respecto a la recurrente que el art. 131 de la Ley Hipotecaria exige como requisito fundamental para la viabilidad de la acción ejecutiva hipotecaria. La doctrina científica y la jurisprudencia pacífica de esta Sala es acorde en sostener el carácter fundamental de tal requerimiento, íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva del derecho; pero este principio básico no se violenta cuando las partes intervinientes en un proceso dejan de mostrar la debida diligencia, colocándose a sí mismos en una situación de indefensión que fácilmente hubieran podido evitar actuando razonablemente; como sería si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio, dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, obligándole la diligencia mínima exigible a defender sus intereses personándose en el procedimiento, subsanando de esta forma la posible infracción cometida por el Órgano Judicial; a no ser que el indicado conocimiento sea tan tardío que impida la adecuada defensa de sus derechos (SS TC entre otras muchas, de 4 de junio de 1990; 12 de noviembre de 1990; 17 de enero de 1991 y 30 de junio de 1993)».

Principio procesal de conservación del acto y de economía procesal contrario a la nulidad de actuaciones.— «Las entidades de crédito ejecutantes reconocieron sus omisiones, y el Juzgado debió hacer otro tanto. Doctrinalmente la Sala entiende que ésta es la posición correcta, pero en las actuales circunstancias resulta notoriamente inviable llevarla a sus últimas consecuencias. No ha habido indefensión como consecuencia de la omisión del requerimiento; la parte a quien indebidamente no se le admitió el allanamiento a esta demanda impugnatoria de aquel procedimiento de ejecución fue a las entidades ejecutantes; tal denegación les ha producido un retraso innecesario; por no haber podido reproducir entonces el procedimiento judicial sumario, una vez subsanada la omisión; así pues, en este momento procesal no tendría razón de ser una declaración de nulidad ya que no resolvería o subsanaría defecto alguno, y sólo daría lugar a una nueva dilación sin finalidad práctica, o más bien causando un nuevo perjuicio». (*STS de 19 de julio de 1994*; no ha lugar).

HECHOS.— Con fecha de 14 de octubre de 1988 se inicia un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, acompañando a la demanda actas notariales de requerimiento donde se olvidan de una de las demandadas, pariente de las sí requeridas, que vive en su mismo domicilio, y que había firmado personalmente algunas de las notificaciones habidas a lo largo del proceso. El proceso sigue sus trámites y todos los demandados comparecieron en algunos de ellos. El 24 de septiembre de 1990 la demandada en la ejecución hipotecaria judicial

sumaria impugna alegando la falta de requerimiento de pago en que incurrieron tanto las partes ejecutantes como el Juzgado. Las entidades bancarias en su escrito reconocen la omisión involuntaria y deciden allanarse a la demanda, allanamiento que no concede el Juzgado. La Audiencia Provincial desestimando la apelación, confirma la resolución de primera instancia. (J.A.F.C.)

64. Cauce procesal adecuado para plantear en casación cuestiones sobre litisconsorcio pasivo necesario.— «Esta Sala tiene establecido de modo predominante, el criterio de que las cuestiones sobre la constitución de la relación jurídico-procesal y el litisconsorcio pasivo deben encuadrarse en el número 3 del art. 1692, (STS 3 de octubre de 1989; 16 de octubre de 1990; 25 de febrero de 1992 y 30 de enero de 1993), de cualquier modo la disminución del rigor formalista operado en la casación a partir de la reforma procesal de 1984 y al tratarse de cuestión planteable de oficio, permitiría conocer de la cuestión suscitada en el motivo, aunque sólo se hubiera utilizado el cauce del número 4 del art. 1692 actual».

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario cuando el pleito se suscita entre titulares de predios y respecto de derechos reales. Concepto de litisconsorcio pasivo necesario.— «La estimación del motivo es indudable, porque la existencia o no de un derecho real de servidumbre afectará exclusivamente a los titulares dominicales de los predios en litigio. Que el dueño del predio sirviente lo haya adquirido en virtud de contrato con un tercero, permitirá en su caso discutir con él si el objeto se le vendió o no libre de cargas, si el predio dominante tenía signos externos de servidumbre de luces y vistas y de desagüe de edificios, y si ello puede repercutir en las relaciones obligacionales e incluso en la existencia del contrato, en virtud del cual el recurrido adquirió el inmueble y hasta será posible pensar si pudo el demandado llamar al proceso al anterior titular de la finca, utilizando la figura procesal de la llamada en garantía, regulada en los arts. 1475, 1482 y concordantes CC.— Lo que no cabe entender, es que el proceso entre los titulares de predios que versa sobre derechos reales (*vid.* sentencia de 18 de marzo de 1994, debe suscitarse también frente a personas distintas de los titulares dominicales.— Es muy reiterada la jurisprudencia, según la cual el litisconsorcio pasivo necesario se da cuando la sentencia que recaiga en el litigio afecte, inexcusablemente, a personas no llamadas al mismo, dando lugar a condena sin ser oídas, afectación que se produce cuando entre las personas exista un nexa tan normal y directo que no pueda emitirse un pronunciamiento sólo respecto de uno, dado el carácter de la relación jurídico-material controvertida que exige resolución uniforme e impide resoluciones separadas, pero tales circunstancias no concurren en el pleito, puesto que se plantea entre propietarios y respecto a derechos reales (*vid.* STS de 5 de diciembre de 1989; 23 de marzo de 1992, etc.)). (STS de 30 de septiembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Se plantea en el pleito la declaración de existencia de una servidumbre de luces, vistas y desagüe de edificios pidiendo la actora que su finca sea reconocida como predio dominante y la colindante, propiedad de los demandados, predio sirviente. El título a cuyo amparo se demanda es la existencia de un signo aparente establecido por el que fue propietario de ambas al tiempo de la transmisión, es decir, la llamada constitución del padre de familia (art. 541 CC). Accede

el Juzgado a lo pedido y la Audiencia, que revoca la resolución del Juzgado, deja sin resolver el fondo del asunto por entender que se da un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Recurre en casación la actora y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R.G.S.)

65. Inexistencia legal de la excepción del litisconsorcio activo necesario.— En un contrato de cesión de uso, la entidad mercantil Marina Club de Ceuta, S.A., autoriza para que el cesionario pueda ceder a su vez el uso del local, sin más requisitos que el de la notificación fehaciente de la cesión. Efectuada ésta, y cumplidos los requisitos contractualmente pactados, el nuevo cesionario interpone demanda de juicio de menor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, solicitando entre otros pedimentos, la entrega inmediata por la entidad demandada, Marina Club de Ceuta, S.A., de la posesión de hecho del local.

En esta sentencia se plantea si el segundo cesionario de un contrato de cesión de uso de un local, para exigir la entrega de la posesión de hecho del objeto del contrato al primitivo cedente, debe demandar a las dos partes vinculadas por el contrato inicial, del que el suyo trae causa o, si por el contrario, basta con llamar a juicio al contratante que en el primer contrato prestó su consentimiento a una futura cesión.

El examen de la cuestión es estudiado por el TS desde un doble punto de vista, procesal y material.

Desde un punto de vista procesal, la parte demandada alega la excepción del litisconsorcio activo necesario. Ante esta alegación, la Sentencia recoge reiterada doctrina jurisprudencial en la que el TS tiene declarado que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley, y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario.

La figura del litisconsorcio en sus dos vertientes, activo y pasivo, tiene muy diferente fundamento, y si bien el pasivo necesario, está acogido jurisprudencialmente, e incluso puede ser apreciado de oficio, por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Respecto del litisconsorcio activo necesario, considera el TS que como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa basada en razones jurídico materiales, pero nunca a la excepción del litisconsorcio activo necesario, dado que esta figura no está recogida en nuestro derecho ni legal ni jurisprudencialmente.

Desde un punto de vista material, la cuestión es si el nuevo cesionario está legitimado activamente para exigir el cumplimiento del contrato, frente al cedente primitivo, el TS considera que de acuerdo con los hechos probados, se ha producido una novación del primitivo contrato, y que el consentimiento para esta mutación subjetiva, fue vinculadamente prestado en el contrato inicial, por lo que desde que se efectuó la cesión eficazmente, los efectos obligacionales discurren entre el cedente inicial y el nuevo cesionario, por lo cual está legitimado para exigir la entrega. (STS de 4 de julio de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Producida una novación subjetiva por cambio del cesionario del uso de un local, se discute sobre la legitimación para

exigir la entrega de la posesión de hecho, por parte del nuevo cesionario.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero en Segunda Instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla, aprecia la excepción de litisconsorcio activo necesario, entendiendo que el actor debía haber litigado junto con su cedente, parte vinculada por el contrato inicial, excepción del litisconsorcio activo necesario que es desestimada por el Tribunal Supremo. (*M.I.M.P.*)

66. Litisconsorcio pasivo necesario.— Solicitada la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, por la realización de un subarriendo indebido, se alega como motivo del recurso de casación, la infracción de la doctrina relativa al *litisconsorcio pasivo necesario* al no haber sido convocado a juicio el subarrendatario, como interesado en la relación jurídica material que se pretende resolver.

El TS considera que la justificación fundamental del litisconsorcio pasivo necesario, radica en la necesidad de que en el pleito estén presentes todos los interesados en la situación jurídico-material controvertida.

Sin embargo, dado que el cúmulo de posibles afectados en una relación jurídica puede ser muy amplio, matiza esta doctrina, declarando que el círculo de personas que deben ser llamadas en un proceso queda delimitado, en la medida en que se encuentren vinculadas por la relación jurídica material que se discute, y que en el caso de la sentencia se pretende resolver.

Entiende el TS, que los que no fueron parte en el contrato que se pretende resolver, entre ellos el subarrendatario, carecen de interés legítimo para que tengan que ser llamados a juicio.

Principio de contradicción.— Resuelta la cuestión de que no procede aplicar la figura del litisconsorcio pasivo necesario, en la medida que el subarrendatario no es parte en la relación jurídica material que se pretende resolver, y dada la referencia que la parte recurrente hace a la S del TC de 6 de abril de 1988, se considera por el TS que aplicando la doctrina constitucional, no es contrario al principio de contradicción del art. 24 de la Constitución, el que una decisión judicial pueda tener efectos que repercutan en sujetos que no han participado en el proceso, cuando éstos no puedan articular ningún derecho propio frente al arrendador.

El principio constitucional de contradicción no se opone a que una sentencia pronunciada frente al arrendatario, pueda ser oponible y tener efectos indirectos o reflejos también frente al subarrendatario, como consecuencia de que su derecho deriva de un contrato dependiente o derivado de una situación jurídica contractual, siempre que ese subarrendatario haya permanecido legítimamente extraño al procedimiento, y no pudiera alegar ningún derecho propio frente al arrendador.

Se concluye por el TS que dicho art. 24 no resulta aplicable al caso concreto de autos, toda vez que el no identificado subarrendatario o cesionario no podía articular derecho propio alguno frente al arrendador, quien además desconocía su identidad. (**STS de 14 de junio de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.— Se solicita la resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, por la existencia de un subarriendo indebido, por el incumplimiento de la condición tercera del contrato de arrendamiento que estipulaba «el local del piso se destinará por la Sociedad a Instituto de Belleza, quedando prohibida toda cesión, subarriendo, traspaso u hospedaje, salvo licencia expresa y escrita que concediese el arrendador».

Declarada la resolución por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia, se esgrime como motivo de casación, la infracción de la doctrina relativa al «litisconsorcio pasivo necesario», al no haber sido demandado el subarrendatario. (M.I.M.P.)

67. Sobre la prueba de confesión.— La prueba de confesión sólo constituye un medio probatorio de rango privilegiado cuando ha sido realizada bajo juramento decisorio. En cualquier caso, el juzgador es libre de apreciarla según su propia convicción.

Sobre la prueba pericial.— La finalidad de la prueba pericial es la de que el juzgador pueda disponer de un conocimiento especializado del que normalmente carece. Por contra, no sirve para la constatación de determinados hechos reales o concretos.

La carga de la prueba en el art. 1214 CC.— Este precepto no persigue regular la valoración de la prueba, sino establecer una distribución de la carga de la misma entre las partes. Desde el punto de vista casacional, sólo puede invocarse su infracción cuando la Sala *a quo* no la ha tenido presente y no existe prueba alguna del hecho en cuestión, de manera tal que es la parte recurrente la que sufre indebidamente las consecuencias de la falta de prueba.

Alcance de la responsabilidad del médico.— La responsabilidad contractual o extracontractual del médico queda neutralizada con la prueba de que proporcionó al paciente todos los cuidados que, de acuerdo con el saber científico, su enfermedad requería; es, por tanto, una obligación de medios. Por otro lado, en este ámbito, no rige una responsabilidad objetiva, por lo que deberá ser el paciente quien deba probar que la actuación médica fue culposa y que la misma fue la causa del daño para cuya reparación se solicita una indemnización. (STS de 24 de septiembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrente-demandante reclama una determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios por la muerte de su madre, la cual tuvo lugar a consecuencia de una operación quirúrgica realizada por los recurridos-demandados. Según consta acreditado, tras la operación, que se desarrolló satisfactoriamente y con la aprobación de la víctima, ésta comenzó a padecer un edema agudo de pulmón. Aunque la paciente fue trasladada inmediatamente a un Hospital especializado por acuerdo unánime de los doctores intervinientes en la operación, incluido un hermano de aquélla también doctor, la paciente fallece poco después.

Queda demostrado igualmente que tanto en el preoperatorio, como durante la operación y tras la misma, se practicaron a la víctima todas las pruebas exigibles en caso de operación quirúrgica y todos los cuidados que su estado exigía. De los datos así obtenidos se resolvió la idoneidad de la intervención y la ausencia de riesgos alguno para la

paciente. Además, en todo momento estuvo presente un hermano de ésta, cuya profesión es la de médico.

El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial, así como el TS rechazan las pretensiones de la recurrente-demandante con la argumentación más arriba expuesta. (*J.C.E.L.*)

68. Responsabilidad judicial.— El art. 411 LOPJ debe ser interpretado de acuerdo a los criterios materiales de los arts. 903 y siguientes de la LEC. De tal manera que no basta para determinar la responsabilidad de los jueces y magistrados que en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa (art. 411 LOPJ) sino que es necesario, como señala la Sala, que se haya procedido con infracción manifiesta de la ley o que falte algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, y que dicha actuación se pueda calificar como manifiesta para que sea cohonestable, con la «voluntad negligente o la ignorancia inexcusable» a la que alude el art. 903 LEC.

Abuso en el ejercicio de la jurisdicción.— No cabe alegar el número 1.º del art. 1692 LEC para sustentar el abuso de un Juez o Magistrado en el desempeño de sus actividades, toda vez que el artículo citado se refiere tanto a los límites espaciales de la Jurisdicción española en relación con la extranjera, como a los conflictos con la Administración o la Jurisdicción Militar, o con los órganos jurisdiccionales de distinto orden, o cuando hay un válido sometimiento de la cuestión litigiosa o arbitraje, cuestiones éstas que nada tienen que ver con el abuso en el ejercicio de la jurisdicción que trata este caso. Para determinar si existe o no responsabilidad en la actuación del magistrado, es necesario entrar a conocer la actuación del demandado en el caso concreto, pero sin que ello suponga, como alega la recurrente, conocer de nuevo de la cuestión litigiosa objeto del proceso.

Compensación como medio de extinción de las obligaciones.— Los arts. 1195 y 1196 CC son inaplicables para resolver la cuestión de la responsabilidad judicial, ya que no cumplen el requisito exigido en el art. 1692-4.º LEC para que su infracción pueda ser alegada en casación. (**STS de 23 de septiembre de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.— La actora promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad y responsabilidad civil por hechos relacionados en el desempeño de sus funciones, contra el magistrado J.S.C. La Audiencia desestimó la demanda. Instado el recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (*N.C.L.*)