

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; M.ª Dolores CANO HURTADO; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO; M.ª del Rosario DÍAZ ROMERO; Luis FAJARDO LÓPEZ; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ; Julián LÓPEZ RICHART; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ; Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN, y Lis SAN MIGUEL PRADERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Ejercicio de un derecho contrariando la buena fe: el principio que veda ir contra los propios actos.—El vendedor que formula su tesis de nulidad del contrato suscrito por él, sin detenerse ante la elemental consideración de que, la oposición a la pretensión del comprador demandante, de eficacia del contrato de venta suscrito, pretensión acogida por la sentencia, no puede hacerse, precisamente por el vendedor, acusando, esencialmente, la falta de representación con que él mismo actuó, si no es con ofensa de un principio, el de buena fe en el ejercicio de los derechos, cuya observancia sobrepasa y se antepone al examen de la concreta normativa que es propuesta en el recurso, eludiendo aquel principio que, sobre ser exigencia precisa el artículo 7.º CC, su olvido, por el recurrente, al tiempo que suscita un invencible rechazo moral, tal y como el Tribunal de apelación pone de manifiesto en el fundamento de Derecho primero, obliga a recordar que no solamente es inadmisibile, como se ha dicho, el ejercicio de un derecho contrariando la buena fe, sino que, como doctrinalmente se reconoce, la ausencia de ésta, afecta al contenido del derecho mismo, cuya extinción ha de declararse si es que su ejercicio no puede serlo de otra manera. Y así patente en el presente caso, tanto porque el ejercicio del derecho por el vendedor incide negativamente en la confianza del comprador, como porque en el proceder de aquél, excepcionando y postulando en contradicción con la más elemental regla de coherencia en su conducta, el vendedor recurrente está, sin asomo de duda, faltando al principio que veda ir contra los propios actos, y en todo caso conculcando la buena fe que, además de exigencia del artículo 7.º CC, concurre en la regla *tu quoque* —*nemo auditur sua turpitudinem allegans*— que rechaza la invocación de una normativa que fue voluntariamente contrariada por quien ahora pretende ampararse en ella.

Venta de bienes de menores.—Los hijos articulan un recurso, cuya procedencia es insoslayable a tenor del artículo 144 CC, vigente en su momento, que denuncia el motivo del recurso presente y doctrina legal interpretadora (SS de 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 28 de mayo de 1963 y 30 de marzo de 1987 y singularmente la de 27 de marzo de 1989, con cita de las de 4 de febrero y 8 de marzo de 1965) que viene uniformemente declarando que: son nulos los actos, a tenor de lo dispuesto en aquel artículo citado y concordantes, los actos de disposición o gravamen de inmuebles de menores, por el padre o la madre que ostenten la administración de los mismos, salvo por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio.

Bienes gananciales: falta de capacidad del cónyuge sobreviviente para enajenarlos en tanto no se liquide la sociedad.—Tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que, hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no puede ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados. (SS de 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 28 de mayo de 1963 y 30 de marzo de 1989). (STS de 17 de febrero de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don Mario F. A., comprador, ejerció una acción para la declaración de validez y eficacia de un contrato de compraventa de vivienda y otorgamiento de escritura. Por su parte los vendedores, don Mariano Ambrosio H. C. y sus hijos don Mariano y doña Concepción H. S. H., interpusieron una demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato por falta de consentimiento, ya que al tratarse de un bien ganancial, y habiendo fallecido la mujer de don Mariano Ambrosio H. C., éste enajenó la vivienda antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, disponiendo de la parte que correspondía a sus hijos menores, sin obtener la previa autorización judicial para la venta. El Juzgado de Primera Instancia, estimó la demanda. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la sentencia del Juzgado y admitió la demanda interpuesta por don Mario F. A. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por don Mariano Ambrosio H. C. y estima el interpuesto por la representación de sus hijos. (M. D. C. H.)

2. Abuso de derecho. Requisitos para su apreciación.—A partir de la señera sentencia de 14 de febrero de 1944, la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar o sin la existencia de un fin legítimo), como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo antisocial, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en casos patentes y manifiestos. (STS de 11 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se concreta en el ejercicio de una acción de retracto arrendaticio relativa a una nave comercial transmitida mediante subasta en procedimiento judicial hipotecario. Durante el transcurso de la *litis* se produjo la resolución del arrendamiento como consecuencia de un procedimiento de desahucio por falta de pago de las rentas. El Juzgado estimó la demanda de retracto. La Audiencia, tras reconocer la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la LAU de 1964 para el ejercicio del derecho de retracto, revocó la sentencia del Juzgado aplicando la doctrina del abuso del derecho en base a la resolución por falta de pago de las rentas posterior al ejercicio de la acción. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

3. Defectuosa ligadura de trompas; prescripción de la acción ejercitada con este motivo.—Para determinar el comienzo del plazo prescriptivo de la acción ejercitada solicitando la indemnización de los daños ocasionados por esta defectuosa intervención, se ha de estar a la fecha del nacimiento no deseado, que es el efecto directo e inmediato de la inadecuada intervención quirúrgica.

Interrupción de la prescripción.—El plazo de prescripción establecido por el artículo 1968.2.º no se interrumpe por el hecho de que la demandante interpusiera denuncia penal basada en la responsabilidad del demandado por el erróneo diagnóstico del embarazo, no por la defectuosa ligadura de trompas. (**STS de 10 de octubre de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante se sometió a una ligadura de trompas con fines anticonceptivos que fue practicada por el médico demandado. A pesar de ello, quedó embarazada, embarazo que no fue detectado por el demandado hasta el séptimo mes de gestación, habiendo prescrito entre tanto un tratamiento a la paciente contraindicado para la gestación del feto. Finalmente dio a luz una niña que nació con malformaciones y posteriormente murió. La demandante presenta demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados, basándose en los hechos anteriores. La demanda es estimada y se condena al facultativo al abono de 15.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios por la defectuosa ligadura de trompas. El TS estima el recurso presentado por el demandado y admite la prescripción de la acción ejercitada por la actora puesto que había transcurrido el plazo de ejercicio de la misma.

NOTA.—Por lo que respecta al comienzo del cómputo del plazo respecto a la acción por la defectuosa ligadura de trompas, estima el TS que es el momento del nacimiento, nos planteamos si el daño causado por la defectuosa ligadura de trompas es el embarazo no deseado (más que el parto posterior) y conforme al tenor del artículo 1968.2.º el plazo de prescripción comenzaría a contar desde el momento en que tuvo conocimiento del mismo, es decir, en el séptimo mes de gestación aunque, en contra, se puede decir que el parto especialmente molesto y realizado a través de cesárea es también un daño derivado de la incorrecta intervención.

Existían dos causas susceptibles de causar daños, la sentencia de apelación sólo se pronunció con motivo de la defectuosa ligadura de trompas cuyo daño directo es el embarazo no deseado, pero no sobre el erróneo diagnóstico y los daños causados por el mismo, que fue el nacimiento de la niña con malformaciones. El TS sólo se pronuncia acerca de la prescripción de la acción por la defectuosa intervención de ligadura, sin que pueda apreciar si la acción por el erróneo diagnóstico estaba dentro de plazo puesto que no se solicita su pronunciamiento al respecto. Sin admitir la existencia de un daño continuado desde la defectuosa ligadura de trompas hasta el nacimiento de la niña con malformaciones. (L. S. M. P.)

4. Leasing o arrendamiento financiero. Existencia de la denominada causa fiduciae.—La existencia de la denominada *causa fiduciae*, que según la sentencia de 6 de julio de 1922 no consiste en la enajenación propiamente sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, no ofrece duda en este caso e incluso se halla implícitamente reconocida por la demandada.

Negocio fiduciario cum creditore. Nulidad del pacto comisorio.— La validez del negocio fiduciario *cum creditore* (negocio de garantía) ha sido reiteradamente afirmada por la jurisprudencia —así SS de 6 de abril de 1987 y 7 de marzo de 1990— que no ha precisado sus caracteres, por lo que, a lo más que pudiera llegarse, en casos como el presente, si se entiende que lo dispuesto en los artículos 1859 —para la prenda e hipoteca— y 1884 —para la anticresis— es extensible a la fiducia *cum creditore*, sería a la anulación del pacto comisorio, que, en estos términos, no se ha solicitado, por lo que razones de congruencia imposibilitan declararla, no obstante las razones de economía procesal invocadas por la recurrente. (STS de 2 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia una sociedad de *leasing* formuló demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento financiero celebrado con los demandados que tuvo por objeto determinados inmuebles, declarándose la pérdida por éstos, en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, de las 725.813 pesetas satisfechas, que hará suyas la actora, quedando además a su libre disposición los inmuebles. Los demandados se opusieron a la demanda y en reconvencción solicitaron que se declarase la plena nulidad del contrato de arrendamiento financiero, por consignarse en él cláusula comisorias y prácticas usurarias.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente tanto la demanda como la reconvencción sobre nulidad de negocio fiduciario. La Audiencia Provincial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados reconvenientes.

NOTA.—Como he señalado en el estudio «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», publicado en este *Anuario* (1991, III, pp. 961-1018), tras la promulga-

ción de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (disposición adicional séptima), es indudable que la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Desde una perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica fiducia *cum creditore*, cuya causa y consecuencias jurídicas han sido destacadas por De Castro.

De Castro pone de relieve cómo la fiducia *cum creditore* comporta en la relación entre las partes la posible ocultación de cláusula comisorio o prácticas usurarias.

A través de la fiducia *cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858, 1872 y 1884 CC). La fiducia *cum creditore* da lugar a una forma atípica de garantía, por lo que la falta de pago del precio obliga al acreedor (la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero) a perseguir la garantía, a realizarla legalmente, no a quedarse con la propiedad definitiva o irrevocable del bien. En otro caso, habría una violación fraudulenta del pacto comisorio (art. 6.4 CC).

No parece, por tanto, que pueda eludirse la prohibición del pacto comisorio, quedándose la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero con el bien y el importe de lo abonado por el usuario. Si bien es cierto que el *leasing* o arrendamiento financiero es un instrumento de notable utilidad para la economía, la nulidad de esta cláusula parece evidente, sin que implique la de todo este negocio, como pretende la recurrente, con escaso éxito, en el caso de la sentencia que anoto. La nulidad ha de ser parcial. Lo más razonable sería que las sociedades de *leasing* o arrendamiento financiero modificasen esta cláusula, respetando plenamente la prohibición legal del pacto comisorio.

Debo subrayar, además, que, en el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles, que es el negocio contemplado en la sentencia que anoto, existe seguramente una auténtica venta a plazos con pacto de reserva de dominio, como ha demostrado con numerosos argumentos Amorós, dado que, desde un punto de vista objetivo, el usuario del inmueble siempre tendrá interés en comprarlo al final del contrato, debido a la plusvalía constante de los inmuebles. (A. C. S.)

5. Simulación absoluta por falta de causa.—Es doctrina jurisprudencial (entre otras la STS de 21 de noviembre de 1989) que la figura de la simulación absoluta se ubica a través del artículo 1274 CC en un supuesto de inexistencia contractual —por falta de causa—. Tal inexistencia tiene su origen en el sentido de causa que se desprende del artículo 1275—. Para una perfecta comprensión del verdadero alcance de la causa como razón de ser del contrato una premisa ineludible es la real intención que cada parte contratante proyecta cuando consiente el negocio. Si esta intención se explicita en el conjunto de circunstancias que derivan de la situación subyacente que origina el negocio, ha de valorarse sin duda para que sea parte integrante de la causa, aunque ello suponga una quiebra

de la distinción entre la causa como elemento objetivo trascendente y los móviles internos de cada interesado. (STS de 25 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El codemandado, don J. B. R. suscribió con la entidad actora (Banco Exterior de España) una póliza de afianzamiento a favor de la entidad «F, S. A.» hasta el límite de seis millones, que luego se amplió hasta 12 millones. Justo unos meses antes de la reclamación judicial formulada por la entidad actora contra el codemandado para el pago de los límites garantizados en la cuenta bancaria frente a «F, S. A.», se procede por parte de don J. B. R. a la aportación de gran parte de su patrimonio a «Puig de C., S. A.», sociedad también hoy codemandada. El Banco Exterior de España demanda a don J. B. R. y a «Puig de C., S. A.» solicitando el pago del límite máximo de afianzamiento de 12.000.000 de pesetas, previa declaración de la nulidad por simulación absoluta de la escritura de aportación del patrimonio del codemandado fiador a la sociedad referida. Los dos hechos que condujeron a la demanda fueron los siguientes: el valor del patrimonio aportado a la sociedad era muy superior al de las acciones que recibió don J. B. R. en contraprestación, y precisamente los socios fundadores de «Puig de C., S. A.» era el propio codemandado don J. B. R, su esposa y su hija. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal de apelación estiman la pretensión del Banco Exterior de España y los codemandados interponen recurso de casación. (A. R. G.)

6. Donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa otorgada en escritura pública: supuestos de validez.—La jurisprudencia exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso y dar validez a la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa otorgada en escritura pública, siempre que aparezca probado el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas (SSTS de 31 mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre y 29 de noviembre de 1989).

La donación que sobrepase el límite marcado por el artículo 636 CC es anulable en cuanto al exceso.—En estos casos se excluye la nulidad radical de la donación, ya que ésta es únicamente anulable en cuanto traspase el límite legal. (STS de 14 marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco vendió a su esposa doña María una finca rústica el 8 de enero de 1970. Poco después, los esposos se separaron y la esposa pasó a vivir con su sobrino y ahijado don Vicente quien la cuidó durante la enfermedad incurable que padecía. Doña María murió sin descendencia en septiembre de 1982, después de haber permanecido en casa de su sobrino durante doce años, y sin haber revocado un testamento otorgado el 28 de junio de 1960, en el que nombraba heredero universal a su marido. La mencionada finca fue vendida por doña María a su sobrino, mediante escritura pública, el 15 de octubre de 1980. En la escritura figuraba como precio de la venta el de 150.000 pesetas, habiendo sido tasada en autos en un valor aproximado de 7.000.000 de pesetas. Así las cosas, don Vicente plantea una acción reivindicatoria a don Francisco para que le devuelva la

finca rústica mencionada con sus mejoras. Por su parte, don Francisco formula reconvencción en la que solicita la nulidad de las escrituras públicas de 8 de enero de 1970 y de 15 de octubre de 1980 y, subsidiariamente, que se declare su adquisición por usucapión de la finca objeto de las ventas. En primera y segunda instancia prosperó la pretensión del actor. El TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

7. Herederos. Legitimación para impugnar actos del causante.—Para dictaminar sobre la legitimación de los herederos para impugnar por ser simulados contratos celebrados por su causante, es necesario discriminar si se trata de una simulación absoluta o relativa. En los casos de simulación absoluta (art. 1261 CC) «no es necesario ser heredero legítimo del causante [...], con tal de que el accionante se apoye en un interés legítimo y tenga expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción». Sin embargo, la posición del heredero forzoso «no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, [...] con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión». Los herederos voluntarios (como recoge la STS de 23 de mayo de 1956), por el contrario «no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1302 CC». (**STS de 24 de octubre de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. P. fallece intestado y sin descendencia ni parientes en la línea recta descendente ni ascendente, por lo que se abre la colateral. Con anterioridad había realizado una compraventa a su parienta A. G. T., que los actores C. E. S. G., F. S. G., y E. S. G. (parientes con derecho a la sucesión) consideran que encubre una donación, y que ésta carece de las formalidades imprescindibles para dicho contrato. (*L. F. L.*)

8. Derecho de asociación. Acuerdos de expulsión de socios. Acción de nulidad. Plazo para su ejercicio.—Tanto «utilizando la vía del Decreto de 1965», como la «de la Ley» 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales «es el de cuarenta días [...], ya que el plazo para ejercitar acciones basada en una Ley que establece un procedimiento sumario y urgente no puede ser nunca superior al plazo que corresponde al procedimiento ordinario», fijado por el artículo 12 del reglamento de 20 de mayo de 1965, en desarrollo de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964», tesis que contiene la sentencia de 16 de diciembre de 1991». Pero el citado precepto reglamentario excluye de su aplicación los acuerdos contrarios a la Ley, «lo que significa que cualquier actuación o acuerdo que pudiera afectar a [derechos fundamentales], cabría entenderlo como contrario a la Ley» y por ello no sometido a dicho término.

Derecho de asociación. Acuerdos de expulsión de socios. Lesión del derecho.—El derecho de asociación «comprende, entre sus diversos matices, la facultad de permanecer en una asociación de no mediar causa justificada en contrario».

Derechos fundamentales. Vulneración por particulares. Posibilidad. Competencia de la Sección Tercera para su conocimiento.—Reiterando «la

sentencia de esta Sala de fecha 24 de marzo de 1992: “los derechos fundamentales pueden ser conculcados o violados no sólo por los poderes públicos [...], sino también por particulares o personas privadas, sean físicas o jurídicas [... Por ello es competente esta jurisdicción] al formularse una reclamación civil que tiene su origen en la falta de respeto a derechos de aquella naturaleza”», como ya diera la STC 177/1988 de 10 de octubre. (STS de 26 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. J. H. I. miembro de una asociación de carácter recreativo, vierte determinadas críticas sobre la forma de adjudicación por su junta directiva de determinados servicios que tenía que contratar la entidad. Por este motivo la junta acuerda su expulsión, notificándosele el 1 de abril de 1987. El expulsado interpone demanda contra el mismo el 10 de julio del mismo año, por la vía de la LPDF de 26 de diciembre de 1978. Contra la anulación de dicho acuerdo se propone la casación, con base, entre otros argumentos, en la extemporaneidad de la demanda. (L. F. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

9. Doctrina jurisprudencial sobre el error en la apreciación de la prueba documental.—Entendido el error con el alcance y la significación indicados, el tema así planteado habrá de resolverse de acuerdo con la consolidada doctrina de la Sala, cuyo general conocimiento excusa de citar las múltiples que la recogen «en los supuestos de error que ampara el ordinal 4.º del riuario artículo 1692, el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a interpretaciones, deducciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida».

Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea verdad y esté referida a asuntos de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es pre-

ciso para que su protección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información de la otra—, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueron los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SS de fechas, entre otras, de 23 de marzo y de 26 de junio de 1987, de 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992 y 28 de abril y 4 de octubre de 1993). La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudiera merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia. (STS de 6 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirmó los pronunciamientos de los órganos judiciales de instancia, que desestimaron la demanda interpuesta por el Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, en su propio nombre y en el del Colegio que presidía, contra cinco personas que fueron autores de una editorial publicada en el «Boletín del Grupo Farmacia 2000», una viñeta inserta en dicho «Boletín» y unas notas enviadas a «Europa Press», declarando que tales publicaciones no constituían intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen del actor, por tratarse de informaciones veraces respecto a la esencia y sustancialidad de las notas publicadas y sin que las frases que se contenían tuvieran una significación distinta a la de representar una crítica dura y áspera a la conducta y gestión del actor. (L. F. R. S.)

10. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad de información y expresión.—En relación con la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; que la tarea de ponderación ha de lle-

varse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea verdad y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen; que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su protección sea legítima, que lo informado sea de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede fomentar la exigencia de que asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de otra, y que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma que no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento (SS entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, y 14 de febrero y 30 de marzo de 1992).

De otra parte, dice la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1993, de 31 de mayo, que el requisito de la veracidad de la información publicada no va tanto dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con desprecio o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable por transmitir como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones; la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; lo que se ratifica en la sentencia de 41/1994, de 15 de febrero, el mismo Tribunal al decir que «la veracidad en la información viene, así entendida como exigencia del deber de buscar la verdad. Una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo, que no está constitucionalmente protegida para servir de vehículo a simples rumores, invenciones o insinuaciones (STC 219/1992, FD 5.º, entre otros)».

Atribución de prácticas prohibidas que hacen desmerecer en la opinión pública.—No se trata de una crítica más o menos dura y acerca de las tesis de los demandantes sobre la necesidad de ayudas farmacológicas a ese sector de deportistas, sino de la atribución a los mismos de prácticas prohibidas que hacen desmerecer a quienes la sufren en la opinión pública y los recurridos no están en la

obligación de soportar no obstante el carácter público de sus actuaciones en el ámbito deportivo.

Incumplimiento del requisito de la veracidad por no haber aportado pruebas para sostener las acusaciones.—Los autores de la noticia difundida no han acreditado haber cumplido con el deber de diligencia que el requisito de veracidad en la información les impone ya que no han aportado a los autos prueba alguna que acredite que aquellas informaciones que se dicen obtenidas de terceras personas y de las que pudieran obtenerse los hechos que se imputan a los demandantes, han sido debidamente contrastadas a lo que venían obligados por el propio contenido de la noticia que suponía un descrédito para las personas a que se refiere, no constando que las fuentes de esas noticias reunieran características objetivas que las hagan fidedignas, serias o fiables (véase STC 178/1993, de 31 de mayo).

Crítica a personas con relevancia pública y a particulares.—Tal derecho ha sido delimitado por el Tribunal constitucional que en su sentencia 336/1993, de 15 de noviembre, dice que cuando se ejercita la libertad de expresión —artículo 20.1 CE— los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están siempre expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública, si bien no puede olvidarse que dicha libertad no es absoluta, siendo así que la crítica de una persona con relevancia pública es separable del empleo de expresiones injuriosas. (STS de 25 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por un grupo editorial y cinco personas más, que fueron condenados por los órganos de instancia a indemnizar solidariamente a los demandantes, al declararse que varios reportajes publicados por los demandados en la revista «Interviú», referentes al dopaje en el deporte de alta competición, habían producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los actores, pues se les habían atribuido prácticas ilícitas consistentes en el suministro de sustancias prohibidas para conseguir de los atletas un mayor rendimiento, y en otro artículo se les había injuriado gratuitamente, pues las expresiones utilizadas eran innecesarias para el fin crítico de la actuación de los entrenadores. (L. F. R. S.)

11. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor, intimidación familiar e imagen y la libertad de información.— Tanto por esta Sala, como por el Tribunal Constitucional, se viene señalando que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidación familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo. Asimismo, es doctrina jurisprudencial la de que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representati-

vas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2 de la Constitución y que es base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (STC recogida en las de esta Sala de 17 de mayo de 1991 y 28 de marzo de 1994) y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (S 171/1990, de 12 de noviembre, del TC, recogida en las de esta Sala de 11 de abril de 1992 y 30 de octubre de 1993), así como, finalmente, la de que cuando un medio de comunicación se limita a informar o divulgar declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el artículo 18.1 de la Constitución, tal divulgación disfruta de la cobertura dispensada por el artículo 20.1 de la misma Constitución si, por un lado, se acredita la veracidad del hecho de la declaración o información del tercero y, por otro, si la misma se refiere a hechos o circunstancias de relevancia pública (S 232/1993, de 12 de julio, del TC, recogida por la de esta Sala de 28 de marzo de 1994).

Cauce procesal específico del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—Lo hasta aquí expuesto nos obliga a hacer ya las imprescriptibles puntualizaciones previas siguientes: 1.^a «El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión a la parte tiene cauce procesal propio y específico de denuncia», que es el del inciso segundo del ordinal tercero del artículo 1692 LEC (que acabamos de transcribir), no del ordinal cuarto de dicho precepto (en su redacción hoy vigente), que es el aquí utilizado, y para la formalización del mismo basta con dar a conocer las infracciones procesales que se estimen cometidas y acreditar el cumplimiento del requisito que se establece en el artículo 1693 de la citada Ley ritual civil, sin que sea necesaria la invocación, de la que tan frecuentemente se abusa, del artículo 24 de la Constitución, pues el referido motivo casacional ya contempla y sanciona la producción de toda situación de indefensión por tal causa. 2.^a El referido motivo, correctamente utilizado, que aquí no lo ha sido, tiene por finalidad institucional única y exclusiva la de que, caso de ser, estimado, se mande «reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta» (número 2.^o del art. 1715 LEC), pero la hipotética estimación del mismo en ningún caso puede producir, como resultado casacional, la revocación del pronunciamiento que la sentencia recurrida haya hecho en cuanto a las costas de primera y segunda instancia.

Posibilidad de que un apoderado absuelva las posiciones en la confesión de una persona jurídica.—Así como en la prueba de confesión judicial de las personas físicas, cuando las posiciones no se refieran a hechos personales del confesante, se admite la absolución de tales posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos (art. 588 LEC), cuando de la

confesión judicial de una persona jurídica se trate, la misma *ratio legis* existe para que cuando el representante legal de la misma no conozca las posiciones que se formulen, pueda otorgar poder especial y suficiente para que la absolución la lleve a efecto otra persona (el apoderado) que conozca los hechos, como ocurrió en el presente caso, aparte de que, aún cuando no concurriera la razón anteriormente dicha, para que pudiera ser estimado ese supuesto quebrantamiento de forma, como cualquier otro, es requisito ineludible que se pida la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido y que, de haberlo sido en la primera, se reproduzca en la segunda (art. 1693 LEC), lo que pudo hacerse en instancia.

El Juez es quien debe determinar si los confesantes han de mantener apartados o no.—El referido precepto que invoca el recurrente se refiere expresamente al caso de que dos o más litigantes hayan de declarar sobre unas mismas posiciones, para que no puedan enterarse previamente del contenido de las mismas, pero carece de aplicación cuando los confesantes han de declarar sobre posiciones distintas y específicamente formuladas para cada uno de ellos, como ocurrió en el presente caso (folios 135 a 141 de los autos), siendo la prudencia y el buen sentido jurídico del Juez, que forzosamente ha de presidir el acto de confesión judicial y que previamente ha de conocer el contenido de las respectivas, los que han de determinarle a decidir si los confesantes han de mantenerse apartados o no.

Valoración de las manifestaciones del Ministerio Fiscal en el informe oral de la vista pública del recurso de apelación.—El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo, en lo que atañe a este último quebrantamiento de forma que se dice denunciar, no sólo porque, cuando se celebra vista pública en un proceso, el informe debe ser únicamente oral, con exclusión de cualquier nota escrita, sino porque el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, así como los Letrados, en defensa de los respectivos derechos de sus patrocinados, pueden hacer, a través de su informe oral en el acto de la vista pública, las manifestaciones que tengan por conveniente y que el Juez que presida el acto les permita, siendo luego dicho órgano judicial el que, al dictar sentencia, habrá de prescindir en absoluto de aquellas manifestaciones del informe oral que extravasen los hechos objeto del proceso, por así exigírsele el principio imperativo de la congruencia (art. 359 LEC). (STS de 27 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirmó los pronunciamientos de los órganos judiciales de instancia, que desestimaron la demanda interpuesta por una persona de relevancia pública, contra un periodista, el director y la entidad propietaria de la revista «Época», declarando que el artículo publicado en dicha revista por el primero de los demandados no constituía intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, por tratarse de informaciones veraces sobre ámbitos de interés general. (L. F. R. S.)

12. Medidas de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que ponen fin a la intromisión ilegítima.—La sentencia de apelación no puede tacharse de incongruente porque ordene la publicación de la sentencia en el periódico en similares caracteres tipográficos a los que tenía la noticia difamatoria publicada en el mismo, a pesar de que la súplica de

la demanda únicamente solicitaba la inserción de la resolución, sin el añadido de que fuese en idénticos caracteres tipográficos. Según el Supremo el carácter imperativo del artículo 9.2 de la LO 1/1982 y la falta de exhaustividad del precepto en la enumeración, contenido y desarrollo de las medidas protectoras de los derechos arriba mencionados permite al Juez el establecimiento de las que considere más convenientes y adecuadas al caso. (STS de 14 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Las dos primeras instancias condenan al director de un diario de Santander y a la editorial «C., S. A.» a satisfacer a la actora por lesión en su derecho al honor y a la propia imagen una indemnización en concepto de perjuicios de medio millón de pesetas y a la publicación de la sentencia en el periódico en similares caracteres tipográficos a los de la información difundida.

NOTA.—Si bien estoy de acuerdo en el fallo concreto del TS, sin embargo disiento de su afirmación de que el Juez es libre a la hora de decidir sobre las medidas de protección más convenientes y adecuadas al caso si se entiende tal expresión en el sentido de que el Juez puede de oficio dictaminar medidas de tutela que las partes no han solicitado de forma expresa. Idéntica opinión mantiene Martín Casals M. respecto a que las medidas previstas en el artículo 9.2 LO 1/1982 sólo se adoptan a instancia de parte en *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 395 ss. (A. R. G.)

13. Adquisición de vecindad civil por residencia decenal. Cómputo del plazo.—Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquél en que el mero transcurso de los diez años opera *ipso iure* en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal *a quo*, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia parece apoyarse en la dicción del párrafo 2.º del artículo 225 RRC: «En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona»; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3.II CC, en su redacción de 1889, y artículos 14.3.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor, el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal *a quo*.

Prueba de la vecindad civil.—Ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente. En el caso de la vecindad civil es prácticamente unánime que el criterio jurisprudencial acerca de la carga de la prueba no corresponde a quien invoca la aplicación de la legislación del territorio en que reside, sino a quien alega una legislación distinta al derecho territorial que el Juez aplica, excluyéndose toda presunción favorable a la preferencia imperativa del Derecho común. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Al no haber establecido los cónyuges el régimen económico matrimonial, la demandante pretendía que se reconociera la existencia de una sociedad de gananciales y que se procediera a la disolución y liquidación de la misma. Por otro lado, el cónyuge de la demandante al creerse poseedor de la vecindad civil catalana, alegó la existencia de un régimen de separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que el demandado no tenía la vecindad catalana por no haber transcurrido los diez años de residencia requeridos legalmente, declaró que el régimen económico matrimonial aplicable era el de sociedad de gananciales. El demandado entabló recurso de apelación y la Audiencia Provincial dictaminó de la misma forma que el Juzgado de Instancia. Insistiendo en su vecindad civil especial, el demandado interpone recurso de casación y éste es desestimado.

NOTA.—La sentencia anotada pone de manifiesto la importancia que puede tener el establecer en capitulaciones matrimoniales un determinado régimen económico, para así obviar cualquier problema que pudiera surgir en el momento de su liquidación. El que un determinado matrimonio esté sujeto a uno u otro régimen resulta relevante en aras a que los cónyuges, o mejor dicho el cónyuge que presuntamente devenga en una peor situación económica tras la liquidación, procurará por todos los medios salvaguardar su *status* patrimonial. Es por ello por lo que, atendiendo a las circunstancias particulares de cada pareja —y sobre todo en los casos donde pudiera plantearse un conflicto de vecindades civiles— sería aconsejable que éstas fijaran de antemano el régimen económico a seguir, o incluso si posteriormente se produce un cambio de las circunstancias que motivaron el establecimiento del mismo, acuerden los cónyuges instituir un régimen diferente. La posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial por voluntad de ambos cónyuges se introdujo, como sabemos, por la Ley 14/1975 de 2 de mayo. Gracias a esa Ley cae en el olvido la idea de inmutabilidad o inmodificabilidad del régimen económico, y se destierra la creencia de que un cónyuge pudiera verse influenciado psicológicamente por el otro y consintiera una modificación del régimen establecido inicialmente que no le fuera en absoluto favorable.

La posibilidad de que los cónyuges puedan pactar el régimen que tengan por conveniente, así como la posibilidad de su posterior modificación, no hace más que desdeñar falsas ideas preconcebidas en la mente de un legislador decimonónico y, además, viene a coordinar el Derecho Civil común con ciertos Derechos civiles especiales pertenecientes a algunos territorios forales.

Y aunque el TS no se pronuncie, porque no llega a plantearse en realidad ese conflicto de vecindades, acerca del régimen económico que se aplicaría en el caso concreto, sería de sumo interés apuntar algunas posibles soluciones. Un conflicto de estas características supone tener en cuenta algunos aspectos; el Derecho interregional aparece regulado en algunas de sus disposiciones por remisión a las normas que el CC contiene sobre Derecho internacional privado. En este sentido, hay que recordar que para determinar la nacionalidad (y

por analogía, la vecindad civil) de un sujeto determinado se aplican las normas existentes en el momento en que se produzca el hecho relevante.

No hay que olvidar que con la Ley 14/1975 antes citada y con la CE de 1978 la caracterización patriarcal de nuestra sociedad dio paso a una sociedad más igualitaria: antes la mujer casada adquiría la nacionalidad y vecindad del marido pero ahora el matrimonio no altera, en principio, ese estado civil.

Para resolver el problema que se plantea tendríamos que remitirnos a los artículos que se recogen en el CC sobre la vecindad civil. Pero como acabamos de decir, debemos acudir al texto normativo que estaba en vigor en el momento de producirse el matrimonio entre las partes. Por ello habría que remontarse al momento de la celebración del matrimonio y, a partir de ahí, extraer la normativa a seguir. Como el matrimonio se celebró en 1962, los efectos de ese matrimonio se regularían por la Ley de reforma en materia de nacionalidad de 1954. En este texto se recoge que la mujer seguirá la vecindad de su marido; en ese caso habría que entender que la mujer habría adquirido la vecindad catalana. Pero hay que ir más allá y señalar la posibilidad de que, a pesar del texto de 1954, la disposición transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, permitía a la mujer casada que hubiera perdido su vecindad por seguir la de su marido, recuperarla si lo hubiera manifestado en el Registro Civil en el plazo de un año desde que se publicó dicha Ley.

El acudir al articulado de la Ley civil que estaba vigente en el momento de referencia se debe a la existencia de principios tan relevantes como la irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica. La solución sería mucho más sencilla si la pareja hubiera contraído matrimonio después de la reforma de 1990, –ya que se le aplicarían las normas recogidas en el texto actual del CC. Y en el texto legislativo actual el artículo 16.3 CC, referente a los efectos del matrimonio cuando haya un conflicto de leyes, nos remite al artículo 9.2 CC que dice que los efectos del matrimonio entre cónyuges que no tuvieran una misma vecindad y no hubieran pactado nada en documento público (capitulaciones matrimoniales) se regirán, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración; y a falta de esa residencia, habrá que acudir a la ley que rija en el lugar donde el matrimonio fue celebrado.

La cuestión de la vecindad habría quedado resuelta de ese modo. Sin embargo el TS al computar la estancia del recurrente en Cataluña no estima que hayan transcurrido el plazo legal de diez años y por tanto sigue teniendo, o mejor dicho, nunca dejó de tener la vecindad civil común. A este respecto no se plantean más dudas porque en la legislación civil común, a falta de pacto en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico matrimonial, resulta aplicable el de la sociedad de gananciales, y no el de la separación de bienes como se recogen en algunas Compilaciones Forales como la catalana. (*C. L. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Existencia de vicio del consentimiento.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y 13 de diciembre de 1992) que la prueba de la existencia y realidad de los vicios del consentimiento incumbe a la parte que los alega. Además la apreciación de la existencia de los hechos determinantes de tales vicios, dado su carácter fáctico, es competencia exclusiva de los tribunales de instancia y no puede conocer de ella el recurso de casación salvo que la conclusión probatoria de los vicios quede desvirtuada por medio impugnatorio adecuado (SSTS de 17 de mayo de 1988, 3 de julio de 1990 y 3 de mayo de 1991).

Doctrina de los actos propios y renuncia de derechos.—Según doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio de 1992 y 12 abril de 1993) los actos propios se caracterizan por una manifestación de la voluntad expresa y concluyente dirigida a la creación, modificación o extinción de algún derecho. Por su parte la renuncia de derechos es tipificada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 16 de octubre de 1987, 31 de octubre de 1991, 14 de febrero de 1992, 3 de abril de 1992 y 1 de abril de 1993) como una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca y sin condicionamiento alguno, por virtud de la cual el titular de un derecho abandona el mismo. Todos estos requisitos concurren en la renuncia personal, expresa, libre, voluntaria e incondicionada a sus acciones civiles hecha por la actora en una declaración ante el Juez conecedor de la causa penal, después de haber sido informada suficientemente de sus derechos.

Responsabilidad civil derivada de delito.—El único caso en que la jurisdicción civil puede conocer de la acción civil derivada de un hecho punible es la reserva expresa por parte del perjudicado de la referida acción civil para ejercerla después de que finalice el juicio penal (art. 112.1 LECr).

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Este principio garantiza que nunca se produzca la denegación de justicia, de manera que no se vulnera tal principio en los casos en que se desestime las peticiones de las partes en el proceso, siempre y cuando concurra y se exprese la causa legal correspondiente. (STS de 30 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Se discute la eficacia jurídica que corresponde a la expresa e incondicionada renuncia de acciones civiles que realizó la actora víctima de un accidente de automóvil en el juicio de faltas en que recayó una sentencia condenatoria. La actora exige en la vía civil, con posterioridad al juicio penal, la indemnización de daños y perjuicios por agravación de sus lesiones. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la actora y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. (A. R. G.)

15. Elevación de documento privado a escritura pública. Contenido real.—Presupuesta la validez de los pactos documentados, ha de admitirse su contenido real si se reconoce y declara un derecho de propiedad en proindiviso,

y la necesidad para su plena efectividad, incluso *erga omnes*, del otorgamiento de la escritura pública, pues se trata de un acto confirmatorio o reconocitivo con finalidad de obtener la fijación jurídica de una situación anterior, dando así constancia de negocios previos a los que confiere certeza y claridad (SS de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983), por lo que ha de considerarse comprendido en el número 1.º del artículo 1280 CC.

Disposición de bienes gananciales. Consentimiento de los cónyuges.—Si bien se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales (art. 1377 CC), es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo, incluso, su pasividad o la no oposición de la mujer a la enajenación conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento (SS de 5 de diciembre de 1983, 6 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1988, entre otras). (STS de 24 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Suscrito un documento privado por el que se reconocían pactos anteriores y se declaraba la exclusiva propiedad y explotación en comunidad, especificando las respectivas participaciones en proindiviso de cada comunero, de un negocio complejo integrado por hotel, gasolinera contigua, concesiones en vigor, edificaciones e instalaciones existentes y un derecho de tanteo a favor de los comuneros para el caso de que alguno de ellos decida enajenar su parte, se interpone demanda por uno de los comuneros e hijos solicitando la elevación del documento privado a escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS decide casar y anular la sentencia recurrida, confirmando la de Primera Instancia. (R. D. R.)

16. Cláusula penal. El deber del Juez de modificar equitativamente la pena.—El precepto contenido en el artículo 1154 CC constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena voluntariamente pactada por los contratantes cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida. Ello lleva a la modificación de la pena según criterios de equidad y apreciando discrecionalmente las circunstancias concurrentes (SSTS de 14 de abril y 8 de febrero de 1993).

El juicio de equidad del Juez no es revisable en casación.—No es revisable en casación el ejercicio de la facultad moderadora del Juez o la apreciación de la cuantía en que debe moderarse la pena (SSTS de 12 de abril y 8 de febrero de 1993). (STS de 10 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de permuta, en documento privado, por el que una de ellas —demandada— cedía a la otra —actora— diversas fincas de su propiedad a cambio de la realización por la actora de determinadas construcciones, con suministro de material, en los términos específicamente pactados. Por acuerdo posterior, los contratantes pactaron una ampliación de las obras a realizar

estableciendo para las mismas unas cláusulas penales por demora en la entrega. La actora reclamó una cantidad determinada por el aumento de las obras realizadas. La demandada se opuso y reconvinó reclamando, también, una cantidad algo inferior a la solicitada por la demandante. En primera instancia se estimó en parte la demanda y la reconvención al condenar a la demandada a abonar a la actora una cantidad sensiblemente inferior a la solicitada en concepto de precio por el aumento de obras realizadas, este criterio se mantuvo en la apelación y el TS no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

17. Abono de intereses desde la fecha de la interposición de la demanda en caso de incumplimiento de contrato de obra.—Es doctrina jurisprudencial reciente (SSTS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1994) que en los supuestos de clara existencia de una deuda debe entenderse que una completa satisfacción del derecho del acreedor exige el abono de los intereses de la suma reclamada desde el momento mismo en que se procede a su exigencia judicial. La resolución judicial se limita a declarar un derecho, bien real o de crédito, a la obtención de una cosa o cantidad que con anterioridad a la resolución judicial ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al actor. (**STS de 19 de junio de 1995**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el cese en la actividad de la construcción de un edificio proyectado objeto de un contrato de obra el comitente pide ante el Juzgado de Primera Instancia la resolución del contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses correspondientes a esa cantidad desde la fecha de interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo, que confirma la dictada por el el Tribunal de Primera Instancia, estima la demanda del actor así como parcialmente la reconvención de los contratistas. Estos últimos interponen recurso de casación ante el TS. (*A. R. G.*)

18. Asunción de deuda.—La referida asunción de deuda se produjo eficaz y válida, toda vez que se configura como negocio jurídico atípico, que no representa la extinción de lo debido, sino un cambio subjetivo en la persona de quien debe pagar, pasando a ser deudor el tercero que admite y asume la obligación que pesaba sobre el deudor originario, el que se libera de la carga, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible, conforme al artículo 1205 CC (SS de 14 de enero de 1990 y 6 y 27 de junio de 1991, entre otras).

Cesión de crédito.—La cesión de crédito, en la trayectoria expuesta, legitima al recurrido para reclamar a los demandados el pago de lo debido, máxime cuando consta que tal operación se le notificó notarialmente a los referidos, que tuvieron por tanto debido conocimiento de la misma y la precisa identificación de quien resultaba ser su acreedor y, por ello, receptor de los pagos que habían asumido, quedando así obligados con el nuevo acreedor, al no reputarse pagos legítimos desde entonces los que se hubieran podido efectuar al acreedor originario y cedente del primero (art. 1527 CC), conforme a la doctrina de la Sala que contienen las SS de 27 de septiembre de 1991 y 12 de noviembre de 1992.

La interpretación judicial del negocio jurídico.—La función interpretativa de los negocios jurídicos a cargo de los juzgadores debe proyectarse sobre la totalidad de lo convenido por las partes y no en forma fragmentada, la que siempre acredita defectuosa técnica, que puede alcanzar soluciones distintas a las expresadas en los documentos a las deducibles de lo verdaderamente querido por los interesados. La Sala sentenciadora realizó interpretación lógico-jurídica correcta, la que integra su propia función enjuiciadora y decisora de los debates procesales y sólo podía ser atacada casacionalmente cuando la misma se presente contraria a la Ley, se aparta totalmente del contrato, por lo que resulta absurda, anómala o disparatada, se hace en forma de inventiva o de arbitrariedad, marginando completamente lo pactado, así como cuando se acusa notorio error, y en general cuando se contradice tanto la realidad contractual como la material sobre la que aquélla se proyecta, según reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala, que por constante y mantenida no es preciso citar. Asimismo, las normas o reglas que contiene el párrafo primero del precepto civil 1281, como pautas interpretativas, son de carácter prioritario, de tal manera, como ocurre, que si tal claridad de los términos del documento correspondiente no dejan duda sobre lo que expresan y la verdadera intención de los otorgantes, se atenderá a la misma, sin necesidad de acudir a las restantes reglas interpretadoras que se contienen en los siguientes artículos, que vienen a operar hermenéuticamente con carácter secundario y subordinado (SS de 10 de mayo de 1991 y 1 de marzo de 1993).

La indeterminación del precio.—La indeterminación del precio no destruye la eficacia obligatoria del documento de referencia, toda vez que aquél únicamente se supeditó a la corresponsabilidad necesaria a la materialización de la obra y sus costes correspondientes, mediante acuerdo de las partes, que no se produjo, pues venció la fecha, que al efecto se estableció, sin haberse adoptado convenio alguno y menos abonada la deuda por los obligados receptores y con facultades de disposición de las construcciones levantadas en la finca, las que les habían sido devueltas, con el solar, por la cooperativa «Anque». En otro caso sería consagrar la libre disponibilidad del convenio por éstos y dejar a su exclusivo arbitrio su validez y cumplimiento, lo que prohíbe el artículo 1256 CC, máxime cuando no probaron que las obras no se hubieran levantado, sin que tampoco hubieran atendido los requerimientos de pago que les efectuó el demandante. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La cooperativa «Anque-Madrid», que había adquirido un terreno en la finca Lance de las Cañas, copropiedad de don Luis Alfonso P. L. de M. y de don Andrés V. M., contrató la realización de una obra con la «Constructura Vázquez Solero, S. A.», que las llevó a cabo. A los cuatro años, la referida Cooperativa devolvió tanto el solar, como la obra realizada a los antiguos propietarios, pasando éstos a ser los efectivos dueños de la obra y asumiendo en un documento el pago de la misma por su importe real a la constructora ejecutante, pero acordándose que el precio se convendría con ella, una vez determinado lo que proceda en orden a la prosecución de las obras, lo que tendría lugar, lo más tardar, dentro del primer trimestre del año 1980; pero vencida la fecha, el convenio no se adoptó. Posteriormente la cons-

estructura cedió su crédito a don Manuel I. R. y éste a su vez a don Gustavo S. F., el cual presentó demanda reclamando el pago de lo debitado, contra don Luis Alfonso P. L. de M. y don Andrés V. M., este último en rebeldía procesal. En instancia se estimó la demanda. Don Luis Alfonso P. L. de M. formalizó recurso de casación, para denunciar infracción del artículo 1281 CC, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (M. D. C. H.)

19. El carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores contra fiador solidario.—El carácter subsidiario de la acción rescisoria establecido en el artículo 1294 y la regla de que sólo es posible su ejercicio cuando el acreedor carezca de otro modo de cobrar la deuda, no es absoluto con relación a los deudores y fiadores solidarios. En supuestos de solidaridad pasiva, el acreedor se puede dirigir contra el deudor (o fiador solidario) que estime más oportuno conforme a los artículos 1111, 1137 y 1144, lo relevante es la solvencia o insolvencia del fiador solidario contra el que se dirige, con independencia de la del resto de los codeudores.

Requisito de la prueba del *consilium fraudis*.—Tratándose de la celebración de un contrato oneroso como la compraventa, es necesaria la prueba de la complicidad en el fraude por parte de la persona que adquiere los bienes (art. 1291.3.º CC). No es suficiente con que se pruebe el hecho de que exista una relación de parentesco entre ambas partes y que el precio que consta de la venta sea inferior en más de una tercera parte al precio de mercado del bien. (STS de 3 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Pastor celebró un contrato de crédito con la sociedad «Citola, S. L.», la póliza fue firmada por los representantes de la sociedad y una serie de fiadores solidarios. Transcurrido el tiempo pactado, el Banco Pastor presentó demanda contra la sociedad y los fiadores solicitando el abono del mismo. Requerida de pago una de las fiadoras solidaria se procedió al embargo de la vivienda de su propiedad, cuando se fue a practicar la anotación preventiva de embargo, el bien aparecía inscrito a nombre de un nuevo adquirente, con una fecha muy próxima en el tiempo. El Banco Pastor presenta demanda solicitando la rescisión de la compraventa celebrada por la fiadora por considerarla hecha en fraude de acreedores. Entre los hechos probados consta que la compradora tenía una relación de parentesco con la vendedora y que el precio que constaba en la escritura de venta era muy inferior al de su precio de mercado. Primera instancia y apelación desestimaron la demanda. El TS estimó el recurso en el sentido de que el acreedor puede dirigirse a través de una acción rescisoria contra uno de los deudores solidarios sin que sea necesario probar que no se pudo cobrar de los otros deudores, sin embargo no admite la rescisión del contrato por considerar que falta el requisito del *consilium fraudis*.

NOTA.—El TS se ha referido a la presunción *iuris tantum* establecida artículo 1297.II únicamente en lo concerniente a la parte vendedora, cuando la opinión mayoritaria estima que también resulta aplicable

al adquirente con relación a las enajenaciones a título oneroso realizadas después de expedido mandamiento de embargo.

Es más que discutible la argumentación dada por el TS para negar la presunción de fraude al hecho de que se confesara haber recibido un precio sensiblemente inferior al de mercado, apreciando el tribunal que la disconformidad entre el precio escriturado y el real no es un dato decisivo a tener en cuenta puesto que existe una práctica habitual en tal sentido. (*L. S. M. P.*)

20. Responsabilidad contractual con resultado de muerte: asistencia médica prestada por hospital dependiente de Diputación Provincial.—Reiterada doctrina de esta Sala (cuyos criterios se concentran en la S de 9 de julio de 1983) establece que la «distinción entre culpa extracontractual y contractual parte de que la primera representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, mientras que la segunda presupone una relación jurídica preexistente» y «cuando los contendientes están ligados por un vínculo contractual expreso, tácito o, incluso, presunto, entran en juego los artículos 1101 y 1106 CC y demás concordantes, no aplicándose, por tanto, los preceptos de la responsabilidad extracontractual, pues ambas responsabilidades tienen sustanciales diferencias, sobre todo en materia de prescripción».

Jurisdicción competente: órdenes civil y contencioso-administrativo.—Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recorrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación. Por ello procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo, especialmente a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y a un elemental principio de economía procesal, para evitar el «peregrinaje jurídico-judicial» que de otra forma se produciría, en expresión de la sentencia de esta Sala, de fecha de 25 de octubre de 1989. (**STS de 27 de febrero de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, doña Adolfinia S. T. interpuso demanda contra la excelentísima Diputación Provincial de Lérida, reclamando la cantidad de seis millones de ptas. por la muerte de su marido, el cual, tras ocho días de asistencia médica, falleció sin que tal suceso ni ninguna información sobre el desarrollo de la enfermedad le fuera comunicado a su familia. La demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia que condenó a la Diputación a satisfacer la cantidad de 3.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la sentencia de primera instancia fue revocada íntegramente absolviendo a la Diputación y declarando incompetente para el caso concreto a la jurisdicción civil, ya que las partes tendrían que haber acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa. El TS declara procedente el recurso. (*C. L. S.*)

21. Tercería de mejor derecho. Preferencia para el cobro entre una póliza de préstamo y otra de crédito.—En la póliza de préstamo nace «desde la

perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, [...] por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada». En efecto, en esta última para que surja la obligación de restitución es «necesaria [su] liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza», lo que recoge la S de 27 de octubre de 1941 al afirmar que «lo que constituye en deudor al cuentacorrentista no es la apertura de la cuenta corriente, sino el saldo de ella». Puede extraerse que, en ausencia de otros criterios, debe estarse a la fecha de constitución del préstamo y a la liquidación del crédito para determinar la preferencia de uno u otro. (STS de 17 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—A doña M. P. R. M. y don P. M., cónyuges, les es concedido un crédito por el Banco Español de Crédito y con posterioridad un préstamo por la Caja de Ahorros Provincial de Orense. Se trata en ambos casos de un deudor común (el matrimonio), siendo ambas pólizas intervenidas por corredor de comercio. En estas circunstancias el banco embarga y ejecuta determinados bienes del deudor, y una vez subastados la caja de ahorros interpone tercería de mejor derecho sobre el producto de los bienes ejecutados por considerar que lo tiene al amparo de los artículos 1214, 1923.3.º y 1740, todos ellos del CC. (L. F. L.)

22. Error en la apreciación de la prueba.—Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad nos exime de una cita pormenorizada de la misma, la de que carecen de idoneidad para servir de soporte documental al motivo (hoy ya suprimido) por error de hecho probatorio, tanto los documentos básicos del pleito, como los escritos de alegaciones de las partes en el proceso.

Calificación de contratos. Fe pública. Principio de congruencia procesal.—La Fe pública (notarial o mercantil), bajo cuya cobertura nacen a la vida jurídica dichos documentos públicos, no puede amparar en modo alguno la verdadera calificación que haya de corresponder al contrato celebrado entre las partes en el respectivo documento público, pues la correcta calificación es función propia del órgano jurisdiccional, ya que la adecuada y exacta naturaleza jurídica de un contrato viene determinada por su verdadero contenido obligacional y no por el *nomen iuris* que hayan utilizado los contratantes, aunque lo haya sido ante fedatario público (notarial o mercantil).

Si bien es cierto, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS de 20 de julio de 1990, 3 de marzo de 1992, 24 de febrero de 1993, 11 de mayo de 1993, 25 de octubre de 1993 y 20 de julio de 1994, entre otras muchas), que la doctrina jurisprudencial acerca de que las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia tiene (la referida doctrina) como una de sus quebras o inaplicaciones la de que, para dictar el fallo absolutorio, el órgano jurisdiccional haya realizado una alteración o cambio del soporte fáctico (*causa petendi*) de la acción ejercitada; este supuesto no incluye la calificación de contratos, pues «en cuanto integrante de una cuestión jurídica (*iura novit curia*) y no fáctica, no entraña en modo alguno alteración de la *causa petendi*, ni, por tanto, es determinante de incongruencia según también tiene declarado esta Sala (SS de 4 de julio de 1989, 30 de sep-

tiembre de 1991, 9 de marzo de 1992, 23 de marzo de 1992, 8 de julio de 1993, entre otras)».

Pólizas de crédito. Calificación y esencia. Preferencia crediticia.—Toda póliza de crédito también entraña un préstamo, aunque no de una cantidad fija y determinada *ab initio*, sino de aquella de que, efectivamente, se haya dispuesto, según el saldo que arroje la cuenta de crédito abierta al efecto, al practicarse la liquidación definitiva de la misma.

Cuando los créditos constan en escritura pública (a la que, a estos efectos, se equipara la póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado) la preferencia entre dichos créditos viene determinada por el orden de antigüedad de las fechas de los respectivos títulos públicos en que consten, conforme al apartado A) y párrafo último del número 3.º del artículo 1924 CC, y no por las fechas de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, a los que haya habido necesidad de acudir para la efectividad de los mencionados créditos (SS de esta Sala de 1 de marzo de 1978, 21 de septiembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de mayo de 1991, entre otras muchas).

Pero ha de tenerse en cuenta, también, que es reiterada y ya pacífica doctrina de esta Sala, la de que en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria, que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, la preferencia crediticia (en dicho caso) viene referida a la fecha de esa operación de determinación o liquidación definitiva del saldo deudor (SS de 3 de noviembre de 1971, 21 de septiembre de 1984, 4 de julio de 1989, 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991, 29 de octubre de 1991, 30 de diciembre de 1993, entre otras). (STS de 10 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Solicitado un crédito diferente a dos entidades bancarias por don S. G. S., ambas sociedades lo conceden mediante sendas pólizas mercantiles de diferente fecha, intervenidas por Corredor de Comercio, siendo más antigua la emitida por el «Banco P., S. A.», titulada «Póliza de préstamo y de crédito», pero de anterior vencimiento y práctica de liquidación definitiva la correspondiente al «Banco B., S. A.».

Con base en dichos antecedentes, el «Banco P., S. A.», formuló demanda de juicio de tercería de mejor derecho contra el «Banco B., S. A.», e interesados, suplicando se dicte sentencia por la que se declare el mejor derecho a hacer efectivo su crédito y el pago de las cantidades reclamadas, con el producto de la venta de los bienes embargados.

Resuelto el proceso de tercería de mejor derecho, en grado de apelación recayó sentencia de la Audiencia Provincial confirmando la de Primera Instancia y desestimando la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. D. R.)

23. Contrato con estipulación a favor tercero y su resolución por el tercero.—Es «aquél que se celebra entre dos personas que actúan en nombre pro-

pío y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha tomado parte en su conclusión» (SSTS de 10 de diciembre de 1956, 7 de junio de 1976, 17 de febrero de 1977). Conforme al artículo 1257.2 CC el tercero beneficiado, una vez que ha comunicado su aceptación, tiene acción para exigir el cumplimiento, «ya que es titular del derecho hacia él derivado, y no simplemente el destinatario de la prestación». Condición prioritaria que se acentúa cuando estos terceros otorgan unas contraprestaciones subordinadas pero correlativas, a los derechos que recibían del contrato. Así las cosas, la postura de los contratantes que frustra las legítimas expectativas que estas terceras personas tenían en el contrato, teniendo en cuenta la voluntad rebelde al cumplimiento, permite la resolución del contrato instada por los terceros.

Efectos de la acción resolutoria.—El primordial es extinguir las obligaciones recíprocas de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios, teniendo además la eficacia retroactiva de colocar a las partes en la situación en la que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado. (STS de 23 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de cesión y entrega de un solar propiedad de la sociedad «Igorregui, S. A.» a la sociedad «Desjipto, S. A.», se pacta que la sociedad cesionaria procederá a la edificación en el solar. Se establece una serie de estipulaciones a favor de terceros, consistente en la liberación de los mismos con relación a un aval bancario firmado a favor de la sociedad «Igorregui» y el abono del 15 por 100 de los beneficios que se obtengan de la construcción a realizar en la finca. Los beneficiarios presentan demanda contra ambas sociedades solicitando la nulidad del contrato de aportación de solar por falta de consentimiento y, subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de lo estipulado a su favor. Declarada en ambas instancias la resolución del contrato, las sociedades demandadas interponen recurso de casación alegando aplicación indebida del artículo 1124 CC.

NOTA.—Afirmada la existencia de un contrato entre dos sociedades en el que se establece una serie de estipulaciones a favor de terceros, declarada la posibilidad que tienen los mismos de solicitar el cumplimiento del contrato en virtud del artículo 1257.2.º CC, el TS les reconoce, frente a la opinión doctrinal mayoritaria, legitimación para solicitar la resolución del contrato. El TS admite la resolución instada por ellos afirmando que no sólo eran beneficiarios, sino que además existían unas contraprestaciones por su parte, con relación a la prestación que iban a recibir y por tanto tenían un interés legítimo en la resolución del contrato. (*L. S. M. P.*)

24. Mejoras efectuadas en la cosa por el comprador antes del incumplimiento que motiva la resolución.—No resultan aplicables las normas que regulan la liquidación del estado posesorio, cuando existen unas normas específicas que regulan los efectos de la resolución del contrato. Así lo avala la jurisprudencia, establecida entre otras sentencias en la de 24 de febrero de 1988, que señala que las normas que regulan «los efectos de la resolución de un contrato

traslativo por incumplimiento de lo pactado son las contenidas en los artículos 1123.2.º y 1122.6.ª, y los preceptos a los que se remiten, artículos 487 y 488, de tal forma que al deudor incumplidor no le corresponde sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que le atañen al usufructuario, que no son otros que los de retirarlas si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes, pero no el de ser indemnizado con su importe».

Enriquecimiento sin causa.—Los requisitos que la jurisprudencia exige para que exista enriquecimiento sin causa son los siguientes: a) un aumento del patrimonio del demandado; b) una disminución del patrimonio del demandante; y c) una falta de causa que lo justifique. Si resulta aplicable el artículo 487, también lo será el artículo 488 que permite al usufructuario la compensación de las mejoras con los desperfectos o perjuicios en sentido amplio. (STS de 13 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de una casa, el vendedor declaró resuelta la compraventa por falta de pago del precio aplazado, en virtud de los artículos 1124 y 1504. En este litigio, los compradores presentan demanda solicitando el abono de las obras y edificaciones realizadas de buena fe, en el momento en que entraron en posesión de la casa, que fue a la firma del contrato, y el vendedor demandado solicita que se compense con el importe de los daños y perjuicios causados. Primera y segunda instancia aplican las normas generales de liquidación del estado posesorio, que reconocen al poseedor de buena fe el abono de las mejoras realizadas sobre el bien, aunque el propietario puede optar entre pagar el importe de los gastos o el incremento del valor del bien. El TS casa la sentencia y estima que en caso de resolución por incumplimiento se aplican las normas contenidas en los artículos 1123.2.º y 1122.6.ª CC y con ello la remisión que los mismos hacen a los artículos 487 y 488 del mismo texto legal. (L. S. M. P.)

25. El cumplimiento defectuoso o tardío de un contrato no equivale a incumplimiento si no se frustra el fin perseguido por el mismo.—La jurisprudencia ha evolucionado y abandonado el criterio de la necesidad de una voluntad deliberadamente rebelde para aplicar el artículo 1124 CC. Pero, también, es cierto que si el retraso no produce la frustración del fin perseguido por el contrato no puede dar lugar a la resolución del mismo, sino a una indemnización por cumplimiento defectuoso o tardío. (STS de 7 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora —una entidad hotelera— había celebrado con la sociedad demandada un contrato de obra para la instalación, en cincuenta y tres días, de radio y televisión vía satélite en un hotel, también se acordó una penalización por cada día de retraso en la entrega de la obra. La terminación de la misma tuvo lugar cinco meses más tarde de lo pactado y, además, la instalación necesitó de reparaciones durante catorce meses después de haber transcurrido el plazo estipulado para su ejecución. Todo ello dio lugar a que la entidad demandante solicitase la resolución del contrato, una indemnización por los daños

y perjuicios sufridos y una suma en concepto de pena convencional por mora en las obligaciones contraídas. La demandada formuló reconvenión en la que solicitaba de la actora el pago de una cantidad determinada. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y la reconvenión. La actora recurrió y el Tribunal de apelación la revocó parcialmente al condenar a la demandada a pagar a la actora una determinada suma de dinero. El TS declaró no haber lugar a la casación. (I. D.-L.)

26. Opción de compra. Caducidad. No puede operar en beneficio de quien la alega con mala fe.—Cuando el vendedor-promitente grava la finca sobre la que firmó contrato de opción de compra, y lo hace poco «antes del breve plazo para el ejercicio de la opción [...] frustra su buen fin [...] y tal actuar, como incumplimiento previo (art. 1124 CC), justifica la no entrega del dinero al ejercitar la opción, como cautela del optante, aunque con ello no se haya ejercitado la misma en la forma pactada, pues el primer incumplidor es el promitente, concedente u optatario». Ello porque «quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales» (art. 1258 CC). (STS de 26 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El 31 de octubre de 1984 se firma un contrato de arrendamiento con opción de compra entre la arrendadora don T. L. A. y doña T. H. U., cónyuges, y la arrendataria la mercantil «TT, S. L.». La opción debe ejercitarse a los cinco años entre el 1 y el 5 de noviembre de 1989. El 7 de junio de 1989, poco después de la declaración de obra nueva, los propietarios constituyen una hipoteca de 300 millones de pesetas sobre la finca (tres naves industriales). El 2 de noviembre de 1989 la arrendataria requiere notarialmente a los propietarios a otorgar escritura pública, haciendo constar que pagarán al contado, debiendo serle entregada la finca «libre de toda carga, gravamen, impuestos y arbitrios». La propietaria demanda a la arrendadora el 18 de noviembre de 1989, solicitando la caducidad de la opción de compra por no haberse producido su ejercicio en forma, al no haberse depositado el precio de la compra en el plazo convenido. (L. F. L.)

27. Compraventa de inmuebles. Distinción entre el contrato de compraventa y el precontrato o promesa de contrato del artículo 1451 CC.—El discutido artículo 1451 CC, en el que se contempla la figura del precontrato o de la promesa de venta, requiere para su aplicación una interpretación restringida a la par que cautelosa, dado su carácter excepcional (SS de 2 de diciembre de 1989; 6 de marzo, 31 de julio, 28 de septiembre y 3 de octubre de 1992). Es igualmente doctrina jurisprudencial la de que para determinar si en estos casos nos hallamos en presencia de una compraventa, de un precontrato o de una promesa de venta, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible.

La calificación jurídica de la voluntad contractual corresponde a los tribunales de instancia, salvo que sea contraria a las reglas de la hermenéutica contractual.—Aun cuando constituya una declaración jurisprudencial evidente que la calificación jurídica de la voluntad contractual de las partes es fun-

ción privativa de los tribunales de instancia, no lo es menos, que ello tiene como excepción que la misma sea contraria a las normas de la hermenéutica contractual, que es lo que en el presente caso acontece, al haber prescindido el tribunal *a quo* de un elemento esencial a tales efectos, como es el de las arras.

Arras confirmatorias.—Nos hallamos aquí en presencia de las denominadas «arras confirmatorias», esto es, de las que constituyen expresión de un contrato con fuerza vinculante; no se trata por tanto de las «arras penitenciales» del artículo 1454 CC, dado su carácter excepcional y la expresa voluntad de las partes reflejada en la frase «La señal se considerará siempre como parte del pago», lo que se traduce en que dicha señal haya de ser estimada como anticipo del precio convenido.

Resolución por incumplimiento. Requisitos.—El plazo de un mes del que habla la sentencia recurrida no puede tenerse en cuenta a los efectos de declarar la resolución del discutido contrato, habida cuenta: que el retraso no se operó por la voluntad del comprador; que tratándose de la compraventa de bienes inmuebles, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1504 CC, a tenor del cual se requiere para la resolución del contrato que haya habido requerimiento judicial o notarial; pero es que incluso con el artículo 1124 del Cuerpo legal a la vista, es evidente que al requerimiento ha de acompañar, según una muy constante doctrina de esta Sala, un insistente y claro retraso en el cumplimiento, lo que en el presente supuesto no ha tenido lugar. (STS de 22 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La incorrección gramatical y de redacción de un contrato, motivan un litigio sobre cuál deba ser su naturaleza jurídica. El actor, ahora recurrente, sostiene que se trata de un contrato de compraventa, frente a la calificación de precontrato o promesa de contrato mantenida por el demandado. El Juzgado estimó la demanda, siguiendo la primera tesis. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la Sentencia del Juzgado. El TS estima el recurso de casación. (J. L. R.)

28. Legitimitio ad causam de una de las dos compradoras pro indiviso para solicitar el cumplimiento del contrato si la otra se ha apartado del mismo.—Celebrado un contrato de compraventa de diez plazas de garaje, en común y pro indiviso, por dos personas distintas, si una de ellas se aparta del mismo en la mitad que le corresponde, la otra compradora sólo tiene acción (*legitimitio ad causam*) para pedir el cumplimiento del contrato en cuanto a lo que ella compró, es decir, «la mitad indivisa de cada una de las diez plazas de garaje», toda vez que el hecho de que una de las compradoras se apartara del contrato se entiende en beneficio del vendedor y no de la otra compradora.

La resolución por incumplimiento, artículos 1124 y 1504 CC.—La facultad de resolver las obligaciones sinalagmáticas por incumplimiento, establecida de forma general en el artículo 1124, tiene como requisito necesario que el que pretenda la resolución haya cumplido con lo que le incumbe. Además, el artículo 1504, establecido expresamente para la compraventa de inmuebles, en relación con la regla general del artículo 1124, requiere que el comprador haya incidido en un «incumplimiento deliberado, pertinaz, injustificado y definitivo de su obligación de pago del precio, que frustre el fin del contrato».

Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria.—La facultad resolutoria de un contrato puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también a través de declaración extrajudicial, pero a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, declarando si la misma ha sido bien hecha.

Para la aplicación del artículo 1502 es requisito indispensable que el comprador se halle en la posesión de la cosa vendida.—El artículo 1502 ha de ser interpretado de forma restrictiva. Para que pueda considerarse que el comprador ha sido perturbado en la posesión de la cosa vendida o en el dominio, es necesario que haya mediado entrega de la misma.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Tiene su razón de ser teleológica e institucional en la imperiosa necesidad de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias y sin posible ejecución. (STS de 24 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa pro indiviso de diez plazas de garaje por dos personas distintas. Se pacta la entrega de una señal al celebrar el contrato privado y el aplazamiento del pago del resto del precio al momento de otorgarse escritura pública de venta. Llegado el día del otorgamiento de la escritura pública, una de las compradoras se atiene a la resolución del contrato declarada por el vendedor ante la falta de pago del precio. La otra compradora se opone a la resolución y solicita el cumplimiento íntegro del contrato a su favor. Primera instancia y apelación estiman la demanda. Presentado recurso de casación por el vendedor, es estimado en parte y se le condena al cumplimiento del contrato y a la entrega de la parte pro indivisa de las diez plazas que corresponde, a la compradora demandante.

NOTA.—A pesar de que recoge la doctrina jurisprudencial que exige para que proceda la resolución del contrato por incumplimiento la existencia de un «incumplimiento deliberado, pertinaz...», realmente desestima la resolución del contrato, porque el incumplimiento de la compradora estaba justificado en el hecho de que el vendedor había revendido a terceras personas dos de las plazas de garaje objeto de la compraventa y no constaba que se hubieran obtenido las licencias exigidas en el contrato. (L. S. M. P.)

29. Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio.—Existe incumplimiento resolutorio por parte del comprador por el hecho de no cumplir la obligación asumida de hacer frente a las obligaciones derivadas de la subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor, cuando, además, las mismas constituyan la mayor parte del precio. El incumplimiento de estas obligaciones frustra el objetivo económico del vendedor, de la restitución dineraria. No es oponible el hecho de que no se haya llevado a cabo la subrogación en escritura pública, puesto que lo relevante es la relación interna y las obligaciones establecidas entre vendedora y compradora dentro de las cuales se encuentra la de abonar el precio en la forma prevista (asunción de las obligaciones deriva-

das del contrato de préstamo), a pesar de que no se haya producido la subrogación formal.

Relación entre los artículos 1124 y 1504 CC.—La relación entre ambos preceptos es la existente entre la regla general, establecida para la resolución en el primero, y las especialidades correspondientes a la resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, establecidas en el segundo. La regla establecida en el artículo 1504 es en principio más benévola que el artículo 1124, porque permite al comprador pagar a pesar de que se cumpla la condición resolutoria pactada, en tanto en cuanto no exista requerimiento, pero, producido éste, la norma se vuelve más rígida, porque a diferencia del artículo 1124, no permite el otorgamiento de un nuevo plazo al comprador.

No es necesaria la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para que proceda la resolución.—No es necesario que exista una voluntad deliberadamente rebelde, en el sentido de actitud dolosa o maliciosa al cumplimiento para que proceda la resolución, es suficiente con que se constate la existencia de incumplimiento y que el mismo frustre el fin específico perseguido por las partes al contratar.

Cláusula penal y su moderación por el tribunal.—El tribunal puede proceder, en virtud del artículo 1154, al reajuste de la cláusula penal pactada, a razón de una cantidad de dinero por día de disfrute de la vivienda. La reducción de la misma puede proceder teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por los compradores durante el tiempo de disfrute de la vivienda como consecuencia de la existencia de vicios de construcción en la misma. (STS de 5 de octubre 1995; ha lugar.)

HECHOS.—En el contrato privado de compraventa de una vivienda, se pacta que una parte del precio se abonará mediante unas letras aceptadas por la compradora, y el resto, que constituye la mayor parte del precio, a través de la subrogación en el préstamo hipotecario celebrado entre la vendedora y una entidad de crédito. Se pacta expresamente la resolución por incumplimiento del pago del precio. Los compradores hacen frente a la mayoría de las letras y, sin que se proceda a la realización formal de la subrogación, cumplen dos de los plazos del préstamo hipotecario; el resto de los plazos del crédito son satisfechos por la vendedora ante la inactividad de la compradora. Presentada demanda de resolución del contrato por incumplimiento del comprador de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario, en reconvencción, solicita el comprador la condena al vendedor a la reparación de los vicios de la vivienda. Primera instancia y apelación desestiman la demanda y estiman la reconvencción teniendo en cuenta el hecho de que el vendedor no ha otorgado escritura pública de venta, no se ha llevado a cabo la subrogación formal y además la vivienda adolecía de vicios de construcción. El TS estima parcialmente el recurso y declara la resolución del contrato y la reducción de la pena convencional pactada. (L. S. M. P.)

30. Compraventa de inmuebles. Condición resolutoria expresa (art. 1504 CC): superación de la necesidad de una voluntad deliberadamen-

te rebelde.—La moderna orientación jurisprudencial establece que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar la situación de incumplimiento; basta que se le pueda atribuir una actitud obstativa que frustre el fin específico del negocio para la contraparte (SSTS de 12 de mayo de 1988, 20 de diciembre de 1989, 21 de julio de 1990, 11 de febrero de 1991, 1 y 2 de junio de 1992, entre otras muchas).

Hecho el requerimiento del artículo 1504 CC, el pago del comprador es extemporáneo y no evita la resolución.—Este requerimiento es de resolución de contrato y obsta el pago posterior, ya que su exclusiva finalidad es la resolución de lo convenido y solamente resulta abierta la posibilidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio (SSTS de 10 de octubre de 1987, 5 de septiembre de 1990, 7 de octubre de 1991, entre otras).

Pago aplazado de una deuda de dinero mediante la entrega de letras de cambio.—La simple entrega del efecto carece de valor y sirve sólo para integrar el pago aplazado y vale de constancia escrita e instrumento para que el mismo se cumpla en conformidad. Si el pago no tiene lugar, la deuda subsiste. (STS de 16 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora vendió, mediante precio aplazado y en escritura pública, unas fincas a la demandada como libres de cargas y gravámenes. En la cláusula tercera del contrato se estableció un pacto de *Lex comisoría* del que el actor hizo uso, mediante requerimiento notarial, ante el impago de la letra de cambio correspondiente al abono de la entrega inicial. El actor solicitó, a grandes rasgos: a) la resolución de la venta, y b) una indemnización de daños y perjuicios por cada uno de los meses transcurridos desde la toma de posesión de los inmuebles por parte de la compradora hasta el momento de su total desalojo. La demandada se opuso alegando la existencia de una relación arrendaticia en las fincas por ella adquiridas, circunstancia ésta que no quedó acreditada. En primera instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia revocó este fallo. No prosperó el recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (I. D.-L.)

31. Compraventa de plaza de garaje. Incumplimiento: no adecuación al fin que le es propio.—En materia de compraventa de plazas de garaje, es esencial la adecuación que las plazas han de reunir respecto al fin que les es propio y para el que se adquirieron, lo que comprende tanto las dimensiones necesarias para hacerlas aptas de albergue de automóviles de uso ordinario, como los elementos superficiales accesorios que permitan las maniobras adecuadas y suficientes de los mismos dentro de los locales. Por ello, se estima situación de incumplimiento contractual cuando el espacio no se ajusta, en dimensiones, accesos y conveniente uso, a lo previsto negocialmente.

Incumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia con mayor razón, cuando se comprende en el suplico de la demanda la petición genérica de daños y perjuicios.—Según el TC es tan constitucional una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo, como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena

sea sustituida por su equivalente pecuniario (STC de 17 de octubre de 1991). También, el TS declara que si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia por tratarse de una decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, al acogerse estados que son complementarios y se presentan necesarios para satisfacer las pretensiones justas (SSTS de 26 de febrero de 1991 y 27 de mayo de 1994) y, con mayor razón, cuando se comprende en el suplico de la demanda la petición genérica de daños y perjuicios (STS de 21 de junio de 1991).

Daños indemnizables en la compraventa.—Cuando concurre pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, o cuando éste no aporta la utilidad, servicios o prestaciones con que se adquirió, causando efectiva insatisfacción al comprador, procede la indemnización de daños y perjuicios consecuentes (SSTS de 7 de enero de 1988, 1 de marzo de 1991, 7 de abril de 1993, entre otras). (STS de 16 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio en construcción (demandada) vendió unas plazas de garaje del mismo a los actores. Con posterioridad a esta venta, dicha comunidad realizó una modificación en una de las plantas del garaje para anexionar parte de su superficie a un local del mismo edificio que había sido adquirido por el señor M. D. que también fue demandado. Esta modificación superficial no se hizo constar en documento alguno y dio lugar: 1.º a una disminución de la superficie útil del garaje, y 2.º a que la autoridad municipal lo clausurase por falta de licencias necesarias y por no tener las condiciones mínimas para la maniobrabilidad de los vehículos dentro del mismo. Los actores solicitaron el efectivo cumplimiento del contrato por los vendedores y, en consecuencia, que se deshiciese la modificación superficial llevada a cabo por los demandados, con indemnización de los daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrieron ambas partes, y la Audiencia, tras declarar la validez de las compras y absolver al señor M. D., no da una declaración precisa sobre el cumplimiento adecuado y útil de las ventas, por lo que los actores recurren en casación. El TS estima en parte el recurso al establecer una serie de medidas para que los obligados, constituidos en Comunidad de propietarios, cumplan de forma efectiva y final los contratos de compraventa de plazas de garaje, con indemnización a los actores de los daños y perjuicios causados. (I. D.-L.).

32. Donación de inmueble: forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam*.—Para que sea válida la donación de inmuebles, ha de instrumentarse en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple, onerosa, remuneratoria), expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (STS de 1 de diciembre de 1964).

La posesión de los bienes donados incumpliendo las formalidades legales no es en concepto de dueño.—El incumplimiento de los requisitos de forma

implica que el donatario no posea la cosa donada a título de dueño, lo que le impide adquirir el dominio de la misma por usucapión (SSTS de 13 de marzo de 1952 y 25 de junio de 1966).

La donación con defecto de forma es nula de pleno derecho.—El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla. Por tanto, no es válida la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública. Tampoco puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo su nulidad. (STS de 3 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando convivía en unión de hecho con doña Úrsula, fruto de tal unión nació un hijo en 1963, de nombre Fernando Andrés. Don Fernando tenía otro hijo, Roberto, que fue adoptado en 1967 por doña Úrsula. Rota definitivamente la unión de facto, los convivientes firmaron un documento privado el 1 de noviembre de 1974, en el que, entre otras cosas, se estableció que don Fernando donaba un chalé que poseía en favor de su hijo Fernando Andrés, con cesión del usufructo del mismo a su ex conviviente mientras ésta viviese. También se estipuló en el documento que el donante otorgaría escritura pública en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se firmó el documento. En 1989, don Fernando acciona judicialmente contra doña Úrsula y contra su hijo Fernando Andrés, solicitando, a los efectos que aquí nos ocupa, la nulidad radical del documento privado de 1 de noviembre de 1974 y la restitución del chalé y sus rentas o frutos relativos al mismo desde la firma del citado documento. Su hijo se allanó a la demanda y su ex conviviente se opuso y presentó reconvencción, en la que pedía que se declarase la validez del documento privado y la elevación de la donación a documento público.

En primera y segunda instancia se declaró la nulidad de la donación, la validez del documento de 1 de noviembre de 1974 y su elevación a público respecto al derecho de usufructo constituido en favor de la demandada. El actor recurrió en casación y el TS lo estima al declarar la nulidad del derecho real de usufructo y, en consecuencia, la devolución del chalé a don Fernando con sus frutos y rentas desde el emplazamiento para contestar a la demanda al considerar a doña Úrsula po-seedora de buena fe. (I. D.-L)

33. Finalidad del recurso de casación respecto a la prueba.—El recurso de casación no es una tercera instancia ni posibilita una nueva valoración de las pruebas practicadas por el órgano jurisdiccional de instancia, salvo que existan apreciaciones fácticas efectuadas con error (SSTS de 5 de febrero de 1992 y 24 de febrero de 1992).

Donación mortis causa del artículo 620 CC.—Características de este tipo de donaciones son tanto la permanencia en el donante del dominio y libre dispo-

sición de la cosa donada como su falta de intención de perderla mientras viva. El donante no transfiere en el momento actual la propiedad del bien donado, sino que la donación sólo produce efectos con su fallecimiento (STS de 24 de febrero de 1986 y resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991).

La «definición» en las donaciones según el Derecho mallorquín.—De acuerdo con la doctrina mayoritaria, tal institución es un negocio jurídico complejo que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos. Este acto requiere la intervención de ambas partes y está enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios en cuanto negocio jurídico bilateral, contrato sobre la herencia futura que se produce en vida de los padres cuando el patrimonio de estos últimos no constituye todavía herencia. Esta institución posee unas características propias que la diferencian de la donación mortis causa. (STS de 9 de junio de 1995; ha lugar en parte al recurso del demandado y no ha lugar al recurso de los demandantes.)

HECHOS.—Doña Isabel V. A. y cuatro de sus cinco hijos demandan al quinto hijo y hermano, respectivamente, suplicando se declare nula la escritura de aceptación de herencia que otorgó el demandado el 9 de febrero de 1988, en relación a dos fincas («Mas Nou» y «Son Gabriel Martí»), además del abono de daños y perjuicios. El demandado formuló reconvencción solicitando la declaración de la nulidad de las donaciones efectuadas por el fallecido padre el 9 de marzo de 1984 (la primera, en favor de sus cinco hijos, cuyo objeto era la finca «Son Gabriel Martí» y el terreno segregado del predio «Mas Nou» parte baja; la segunda, a favor de su hijo Felipe, consistente en el resto de la finca «Mas Nou» parte alta) y la nulidad de la escritura de reserva del derecho de usufructo de todos los bienes a favor de su esposa. La sentencia recaída en primera instancia estimó en parte la demanda (declaró nula la escritura de aceptación de herencia otorgada por el demandado) pero estimó parcialmente la reconvencción del demandado (declaró la nulidad parcial de la escritura de constitución del usufructo vitalicio en la parte de donación mutua de tal derecho entre los esposos). Apeló la sentencia el demandado y el recurso de éste fue estimado parcialmente por la Audiencia. Se interpone recurso de casación por ambos litigantes. (A. R. G.)

34. Donación. Determinación de Ley aplicable de Derecho internacional privado.—En virtud de lo establecido en el artículo 12 CC, la norma aplicable en caso de conflicto que debe resolverse por los tribunales españoles recae sobre la clasificación del negocio —donación—, y su subsunción se determinará por la legislación española, y ésta, es claro, en su artículo 10, apartado 7, CC, remite a la Ley nacional del donante —la alemana—, y en su artículo 12, apartado 2.º, CC, concreta la sanción a su Ley material o sustantiva, esto es, el BGB.

Revocación de donación. Subrogación real.—Por el elemental juego de la subrogación real, el numerario remitido a título gratuito que sirve de precio para adquirir una finca debe sustituir perfectamente al objeto de tal compraventa.

Sustituyendo la cosa al dinero, la legítima pertenencia de la remesa dineraria al actor, justifica que éste estuviese legitimado para instar el efecto restitutorio tras la revocación de la controvertida donación, cuando acontecen las justas causas a ello determinantes.

Revocación de donación por causa de ingratitud. Determinación en los Derechos español y alemán.—El artículo 648.1 CC considera como una de las causas de ingratitud el haber incurrido en una conducta delictiva contra el donante, causa matizada en la sentencia de 27 de febrero de 1995, al declarar que «no debe olvidarse que la doctrina de la Sala, al considerar la infracción del artículo 648.1 CC, aunque entiende suficiente para la revocación una conducta socialmente reprochable y no se limita a los casos de clara imputación de un delito al donante, que haya de ser previamente condenada en vía penal (STS de 23 de octubre de 1983), matiza en esa sentencia lo mismo que en la posterior de 19 de noviembre de 1987, que —si bien abogan por una interpretación amplia de dicho precepto legal, se refieren a conductas socialmente reprochables pero con base en acciones que pueden ser declaradas delictivas aun no formalmente declaradas tales—».

La causa de ingratitud a que se refiere el artículo 530 BGB, como constitutivo de una falta grave contra el donante, es indiscutible y así debe entenderse, habida cuenta que como tal ha de juzgarse la conducta de la donataria, en su matización contenida en el propio artículo 1299 CC alemán, esto es, al sancionarse que «si un prometido da lugar a la resolución del otro, por una culpa que constituya un motivo importante para la resolución, estará obligado a la indemnización de daños, de conformidad con el precepto 1298, que a su vez dispone esos efectos económicos. (STS de 10 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En atención a un compromiso formal de matrimonio, el demandante, ciudadano alemán, regaló a su prometida una casa, ubicada en España, entregando un cheque al vendedor e inscribiendo el inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de aquélla.

No habiéndose llegado a celebrar el matrimonio por descubrirse que la demandada había concebido un hijo de otro hombre, el demandante formuló en España demanda sobre revocación de donación, suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde admitir la revocación de la donación y decretar la cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción de compraventa, inscribiéndose la propiedad a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó, desestimando el recurso de apelación. No prosperó el recurso de casación. (R. D. R.)

35. Prórroga forzosa en relación a los contratos de arrendamientos urbanos posteriores al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.—La entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley trae consigo la existencia de dos clases diversas de arrendamientos urbanos: los anteriores a esta norma legal, sujetos a la prórroga forzosa, y los posteriores, a los que por el contrario se les aplica la tácita reconducción del artículo 1566 CC.

No obstante, es reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1992, 10 de junio de 1993 y 14 de junio de 1994) que en este último tipo de contratos, los contratantes, haciendo uso de la libertad de pacto del artículo 1255 CC, pueden convenir, explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, posibilidad ésta no prohibida por el artículo 9 del referido Real Decreto-ley.

La resolución de un contrato de arrendamiento urbano, sin proceder por el arrendador a su prórroga, no constituye abuso de derecho.—El Tribunal Supremo no aprecia ejercicio abusivo del derecho, ya que el arrendador se limitó a ejercitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, recogido a su vez en el contrato suscrito entre las partes, derecho que consiste en la resolución del contrato y denegación de su prórroga, al no aceptar los arrendatarios sus pretensiones económicas. Estas últimas no pueden estimarse abusivas en una situación de mercado libre, como es el de alquiler de locales de negocio, en que cada parte procura la obtención de las condiciones económicas más ventajosas para sus intereses. (STS de 23 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda formulada por una sociedad anónima contra otra sociedad mercantil sobre resolución de contrato de arrendamiento por terminación del plazo de vigencia estipulado. La demandante vuelve a interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que estima de modo parcial el recurso, condenando además a la arrendataria a una indemnización de daños y perjuicios. La sociedad arrendataria interpone recurso de casación por infracción del artículo 9 del Real Decreto-ley 2/1985 y por infracción del artículo 9 LAU en relación con el artículo 7 CC. (A. R. G.)

36. El abandono del derecho a elevar la renta durante un período determinado no afecta al coeficiente de elevación correspondiente.—Independientemente de que exista por parte del arrendador una voluntaria dejación de su facultad de elevación de la renta en un período determinado, la situación de abandono del derecho así producido sólo es predicable respecto de la renta de ese concreto período, mas no en lo que atañe al coeficiente de elevación correspondiente, que permanece vivo y ha de contar en el momento en que el arrendador decida ejercitar el derecho a la actualización de la renta convenida, ya que de otro modo se vería burlada la finalidad de mantener el equilibrio de prestaciones que, a través de la cláusula de estabilización, las partes persiguieron. (STS de 21 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por un arrendatario, manteniendo la decisión de la Audiencia Provincial, en el sentido de declarar el derecho del arrendador a percibir una determinada renta a partir del 1 de enero de 1989, pero sin derecho a percibir los atrasos correspondientes a los años anteriores a dicha fecha, en los que no se ejercitó por el propietario la facultad de aplicar la cláusula de estabilización recogida en el contrato de arrendamiento. (L. F. R. S.)

37. Arrendamiento de local de negocio. Resolución por cese efectivo de la actividad.—La recurrente justifica el cese de la actividad de fabricación en

motivaciones puramente subjetivas, intrascendentes para enervar los efectos legales del incumplimiento previstos en el artículo 114.6.^a LAU de 1964. Al no existir ninguna causa de cese de la actividad que no le fuese imputable, producida fuera del círculo de la actividad empresarial, y que, en una adecuada relación de causalidad, la impidiese, la oposición de la recurrente a la resolución del contrato no encuentra ningún apoyo legal, pues nada obstaculizaba el que siguiese desarrollando la fabricación como antes del traspaso, aplazando sus deseos de mejora del negocio para mejor ocasión, en lugar de suspenderla. (STS de 22 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Adquirió la arrendataria por traspaso un local de negocio dedicado a la fabricación de galletas y repostería y a la venta de dulces. Cesando en las actividades de fabricación; demanda el arrendador la resolución del contrato en base a un cese efectivo de actividad que había venido realizándose. La demandada alega que se trata de un cese temporal debido a la imposibilidad de renovar la maquinaria y acondicionar el local. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró resuelto el contrato. El TS desestima el recurso de casación. (J. L. R.)

38. Aplicación del artículo 108 LAU de 1964 a los contratos de arrendamiento de local de negocio posteriores a la entrada en vigor del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.—El artículo 108 LAU no debe aplicarse más que a las viviendas y locales de negocio cuyo arrendamiento subsista el día en que comience a regir la Ley de 1964. Por consiguiente, los arrendadores de un contrato suscrito con posterioridad a 1964 no tienen el derecho a una compensación por parte de sus arrendatarios por las reparaciones efectuadas en su local de negocio exigidas por la autoridad municipal competente por razones de sanidad. (STS de 16 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de un local de negocio interpone demanda de juicio de arrendamientos urbanos por procedimiento incidental ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria contra sus arrendatarios, para que éstos sean condenados a abonarle las obras realizadas por él exigidas por la autoridad municipal competente por razones de sanidad. Los arrendatarios formulan reconvencción y el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Vitoria estima parcialmente el recurso y condena al arrendador a que facilite a los demandados el acceso libre al local de negocio a cualquier hora, confirmando la sentencia de instancia en lo demás. Los arrendatarios interponen recurso de casación contra la sentencia anterior por aplicación indebida de los artículos 107 y 108 LAU de 1964. (A. R. G.)

39. Incumplimiento del contrato de obra. Resolución. Inaplicación del artículo 1591 CC.—No nos encontramos aquí ante un supuesto de «ruina» como parece pretender la motivación, sino de «incumplimiento» de un contrato de obra, como declara el apartado 1.º del fallo de la sentencia de instancia, confirmada por la aquí recurrida. (STS de 7 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre el actor y el demandado se concertó un contrato, por virtud del cual éste encargaba a aquél la realización de una determinada edificación. Antes de concluirse la obra y a instancia del propietario se realizaron ensayos sobre los pilares de la planta baja, que dieron como resultado un hormigón con una resistencia característica muy inferior a la especificada en el proyecto técnico. El suplico de la demanda interesa como petición primaria que la obra parcialmente ejecutada por el demandado no se acomoda a las condiciones estipuladas y que el mismo viene obligado a realizar las obras necesarias para poner lo realizado en las debidas condiciones, y como petición subsidiaria se solicitó que se declarase la resolución del contrato, que fue precisamente lo declarado en el fallo de la sentencia del Juez de Primera Instancia, confirmada por la de la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es lógico que en el caso de la sentencia no se considerase pertinente la aplicación del artículo 1591 CC, ya que los graves defectos de construcción se patentizaron antes de que se produjera la conclusión de la edificación, por lo que era imposible jurídicamente acudir al citado precepto, que exige como presupuesto ineludible de aplicación que los vicios del suelo, de la dirección o de la construcción surjan durante el denominado plazo de garantía decenal, que se computa desde la conclusión de la construcción, es decir, desde su recepción definitiva por el comitente. Lo procedente es la aplicación del artículo 1124, como hizo la STS de 9 de octubre de 1981, en un caso de graves defectos de construcción no estando terminada la obra. En realidad, el problema se plantearía si los vicios se hubiesen manifestado durante ese plazo, y en lugar de invocarse el artículo 1591, se hubiera alegado el 1124. Nuestra jurisprudencia, en algunas sentencias, ha afirmado la compatibilidad de ambas acciones (la de responsabilidad decenal y la resolutoria por incumplimiento) en caso de vicios que determinan la ruina durante el plazo de garantía decenal (SSTS de 19 de febrero de 1970, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979, 14 de junio de 1980 y 24 de septiembre de 1987). No obstante, es discutible el argumento esgrimido por el TS en la sentencia que se anota de que no existió ruina, a fin de rechazar la aplicación del artículo 1591, por el alcance extraordinariamente amplio que nuestra jurisprudencia da a la ruina (Cabanillas, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 353 y 358). (A. C. S.)

40. Contrato de obra: carácter solidario de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—Cuando en la producción de vicios ruínógenos de un edificio intervienen, tanto causas imputables a la dirección técnica, como a la defectuosa construcción, sin que sea posible concretar la proporción en que cada una de ellas lo ha sido, la responsabilidad ha de exigirse con carácter solidario a todos los intervinientes en el proceso constructivo (técnicos y constructores) (SSTS de 6 de junio y 22 de septiembre de 1986, 27 de octubre de 1987, 17 de mayo de 1988, 4 de diciembre de 1989, 3 de febrero de 1990, entre otras muchas).

La obligación solidaria que impone el artículo 1591 CC consiste en un hacer: reparación *in natura*.—La obligación solidaria que impone el artículo 1591 CC, primordialmente al contratista y a los técnicos (cuando todos ellos sean los responsables de los vicios ruinógenos), es una obligación de hacer consistente en reparar los daños derivados de la ruina, y sólo en el caso de que no lo hagan en el plazo que se les señale o lo realicen defectuosamente es cuando se mandará ejecutar a su costa. Por tanto, los responsables han de ser condenados *prima facie* a que realicen la reparación *in natura*. (STS de 17 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la aparición de vicios ruinógenos en un edificio, la comunidad de propietarios del mismo, representada por su presidente, ejerció la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC contra la promotora, la constructora, el arquitecto y los aparejadores intervinientes en el proceso de construcción del edificio, reclamándoles solidariamente: *a)* el pago de las reparaciones ya realizadas por la actora en la cubierta del edificio, y *b)* el abono de las reparaciones que deben realizarse en el resto del edificio o, subsidiariamente, que los demandados las efectúen a su cargo.

Quedó acreditado que los defectos ruinógenos fueron debidos a una mala dirección técnica y a vicios de la construcción, sin que haya sido posible determinar la proporción en que cada uno de los demandados ha contribuido a la producción de la ruina. En primera y segunda instancias prosperó la postura del actor. El TS estimó el recurso de casación en el sentido siguiente: las reparaciones que deben realizarse se ejecutarán por los demandados y si no las hiciesen o las efectuasen de forma defectuosa, se mandarán ejecutar a su costa, ya que no procede condenar a los demandados, como hace la sentencia recurrida, al pago de la cantidad en que fue tasado el importe de la reparación, todavía no realizada, de los daños del edificio. (*I. D.-L.*)

41. Contrato de obra. Responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: legitimación activa de los compradores de viviendas y locales.—En relación con la venta de pisos y los defectos en la construcción, la regla de la eficacia relativa de los contratos no impide que los compradores tengan acción frente a los directos responsables del daño como consecuencia de la transmisión con la cosa vendida de los derechos que por razón de dicha cosa tuviera el vendedor contra otros (SSTS de 2 de noviembre de 1981, 20 de junio de 1985 y 8 de junio de 1992). En el mismo sentido, están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes adquieren, también, la cobertura que el artículo 1591 CC proporciona al originario dueño de la obra. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte.

Concepto jurisprudencial de ruina como presupuesto de la responsabilidad decenal.—En materia de deficiencias que pueda presentar la obra conforme al artículo 1591 CC, la jurisprudencia distingue los graves defectos que llevan a la ruina y, además, otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata, sino pasado el tiempo (STS de 10 de noviembre de 1994).

Plazo de garantía del artículo 1591 CC: ámbito.—Si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que son consecuencia lógica de aquéllos no quedan excluidos de la obligación de reparar o indemnizar. (STS de 27 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos empresas realizaron las obras de impermeabilización de una nave industrial perteneciente a una inmobiliaria. Posteriormente, la nave fue vendida a una entidad mercantil que sufrió graves daños en la misma derivados de filtraciones de agua de lluvia.

La inmobiliaria y la entidad mercantil demandaron a las dos empresas citadas reclamándoles: 1.º el abono, con carácter solidario, de la cantidad necesaria para costear la correcta impermeabilización de la nave, y 2.º la indemnización de los perjuicios derivados de las filtraciones, dado que tuvo que paralizarse la actividad industrial en la misma. En primera instancia sólo se accedió al primer pedimento. Esta sentencia fue confirmada en la segunda instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

42. Propiedad horizontal. Idoneidad del presidente de la comunidad para representar en juicio y fuera de él algunos intereses particulares de los copropietarios.—Reproduciendo la STS de 3 de marzo de 1995, afirma que «es evidente que en la representación orgánica que le corresponde al presidente al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 LPH, está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no sólo en [...] lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, (ya que) está reportando unos indiscutibles beneficios a dichos comuneros, lo cual debe mantenerse, salvo que, en su caso, pudiera existir una oposición expresa o formal [...] conforme a una reiterada línea jurisprudencial, entre ellas, las SSTS de 3 de febrero de 1983, 23 de noviembre de 1984, 12 de febrero de 1986, 7 de diciembre de 1987 y 9 de febrero de 1987.

Compraventa. Responsabilidad por ruina de la edificación. Si no se delimita la de arquitecto y contratista, será solidaria.—La realidad de los daños se convierte en una auténtica «*quaestio facti*», que no habiendo sido revisada en debida forma debe prevalecer», y si en estas circunstancias no es posible determinar (o no se hizo en tiempo y forma) las conductas causantes de los mismos, habrá que imputar la responsabilidad exigible por el 1591 CC con carácter solidario, como ya dijera la STS de 3 de marzo de 1995. (STS de 16 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En un edificio se producen graves problemas de humedad con abundantes goteras, debido a vicios de la construcción, que se concretan en no haber dejado las debidas juntas de dilatación y no haber respetado el orden lógico de capas de aislamiento, por un lado, y por no haberse utilizado los materiales descritos en el proyecto de ejecución, por otro. En representación de los copropietarios afectados, el presidente de la comunidad demanda al constructor y a su esposa, al arquitecto y al aparejador. (L. F. L.)

43. Contrato de hostelería: caracteres y naturaleza.—Se caracteriza por el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares, como iluminación, calefacción, higiénicos o similares. Por lo tanto, en este contrato predomina la venta de los alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados para la más adecuada ejecución del convenio.

Se trata de un contrato dotado de atipicidad y de naturaleza civil, al haber mantenido la jurisprudencia el carácter civil de las ventas para uso y consumo que las agotan.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 no es exclusiva en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores.—Al contrario, su normativa (art. 7) expresamente se remite a la aplicabilidad «además» de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas (SSTS de 17 de junio y 22 de julio de 1994).

El efecto directo de las directivas comunitarias: efecto vertical. Efecto horizontal (nueva doctrina).—El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene a admitir que las Directivas producen ciertos efectos especiales (a pesar de que no son de aplicación directa—art. 189 del Tratado de la Comunidad Europea—), cuando no han sido desarrolladas y carecen de reflejo en las normativas nacionales dentro del plazo fijado, y siempre que se trate de disposiciones dotadas de precisión, claridad y sean incondicionales. A esto se denomina efecto directo de las Directivas. Tal efecto directo únicamente opera cuando los particulares actúan frente al Estado desobediente (efecto vertical) y no cuando el conflicto es sólo entre particulares (efecto horizontal), por no estar vinculados éstos directamente al Tratado de Roma y sí los Estados que lo firmaron.

Por otro lado, ha declarado también reiteradamente el TJCE que cuando la norma nacional no es conforme a la Directiva no desarrollada, esta última es susceptible de ser invocada por los interesados en procesos seguidos entre particulares, para que los Tribunales ordinarios, si bien aplicando el propio Derecho interno, den a éste una interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no traspuesta.

Principio *iura novit curia*.—Resulta válido que los tribunales aporten propios razonamientos jurídicos que no precisan de un ajuste exacto a los alegados por las partes, a los que no están vinculados en forma alguna (SSTS de 21 de febrero de 1989 y 20 de julio de 1993). También, se autoriza a los juzgadores a la aplicación de las normas que estimen y resulten procedentes, siempre que se respete la causa de pedir y no se sustituyan las cuestiones debatidas por otras totalmente distintas (SSTS de 9 de febrero de 1988, 17 de mayo de 1992 y 27 de mayo y 30 de diciembre de 1993. **(STS de 18 de marzo de 1995; no ha lugar.)**

HECHOS.—Un grupo numeroso de personas sufrieron salmonelosis al ingerir alimentos en malas condiciones en un restaurante con ocasión de una comida colectiva celebrada el 12 de mayo de 1986, por lo que demandaron a los copropietarios del mismo y a la entidad mer-

cantil que explotaba el negocio, para obtener el resarcimiento indemnizatorio de los daños y perjuicios sufridos.

En primera instancia se dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, al establecer una indemnización en favor de dos demandantes que habían sido excluidos del resarcimiento. No prosperó el recurso de casación. (I. D.-L.)

44. Régimen jurídico aplicable a la sociedad civil irregular. División de la cosa común.—Son válidas las cláusulas contractuales que, en supuestos de sociedad civil irregular, establecen la preferente aplicación entre las partes de los pactos convenidos libremente, y subsidiarias, sucesivamente, en relación con lo que no hubiera sido expresamente convenido, las normas de la comunidad de bienes primero y de la sociedad civil después.

No sólo son válidas dichas cláusulas, sino de observación preferente, y su contenido no permite conceptualizarlas de contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público, en relación a la normativa de división de la cosa común, si no se desprende impedimento alguno acerca de poner término a la situación de comunidad, por contemplar supuestos de retirada del negocio y de rescisión.

Principio constitucional de igualdad.—Queda descartada la vulneración del artículo 14 de la Constitución cuando las circunstancias fácticas concurrentes, en uno y otro supuesto, no son coincidentes y no permiten, tampoco, una absoluta equiparación, máxime cuando el casuismo de las cláusulas del contrato ofrecen diferentes soluciones para las distintas situaciones presentadas.

Compensación mediante actualización dineraria. Equidad. Cláusula *rebus sic stantibus*.—La actualización otorgada respecto al reintegro de las cantidades aportadas vino a representar una consecuencia derivada del tenor de una cláusula contractual, cuya concesión fue en función de un criterio de estricta justicia conmutativa, por lo que no puede entenderse como un caso de simple equidad.

Asimismo, la compensación implícita en cualquier género de actualización dineraria, en el caso de que tratamos, no puede estimarse cual desconocimiento de los artículos 1101 y 1108 CC, al tener finalidad distinta a la del abono de intereses.

Resulta difícil negar una notoria alteración entre las circunstancias determinantes de la suscripción del contrato y las fácticas devenidas con posterioridad, e igualmente resulta evidente la enorme desproporción existente entre las aportaciones realizadas y la devolución años después de las mismas cantidades, pero es que es de hacer notar que lo convenido contractualmente fue conceder una participación, equivalente a un determinado tanto por ciento, del total de la operación, de lo que se desprende que en el caso de no efectuarse la devolución de lo entregado en su valor actualizado, ello supondría que no se recibiría la equivalencia hecha en su día, dándose lugar a un quebrantamiento del principio *tantumdem jus et genere* recepción de igual cantidad o exactamente otro tanto, así como a una ruptura del equilibrio que ha de presidir las recíprocas prestaciones de todo contrato, especialmente, ante la ausencia de cualquier otro medio para paliar el per-

juicio que representaría una devolución absolutamente paritaria y sin mecanismos correctores.

Principio procesal de congruencia.—Proyectando la doctrina jurisprudencial, el juzgador ha de guardar en su fallo el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, sin acomodarse rígidamente a la literalidad de lo suplicado, y haciendo extensivo aquél a los extremos que le complementen y contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias. Por tanto, el Tribunal no incurrió en vicio de incongruencia en cuanto que en su sentencia se atuvo de manera sustancial a los alegatos de las partes, en especial, a los formulados en la reconvencción y al resultado fáctico probatorio, así como al contenido de las cláusulas del contrato convenido entre las partes.

Imposición de costas.—El criterio objetivo o vencimiento para las costas de la primera instancia, establece que su imposición recaerá sobre la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas; sin embargo, tal pronunciamiento que no ofrece ninguna duda para los supuestos de inexistencia de reconvencción, no lo es tanto para aquellos otros en que concurre una demanda reconvenccional, y, más aún, cuando ésta no se estima en su totalidad, y cuando, incluso, la sentencia recurrida está estimando, de alguna manera, la demanda.

Error de derecho en la apreciación de la prueba. Eficacia probatoria de los documentos públicos.—Centrado el contenido del artículo 1218 CC en la eficiencia probatoria de los documentos públicos, su perspectiva casacional requiere obligadamente la cita específica de los documentos que pudieran permitir apreciar el error de derecho alegado. (STS de 15 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Suscrito en documento privado un contrato por el que el propietario de varias fincas, que quería comercializar, vende a la parte actora una participación del 10 por 100 del total de la operación, se establecen, entre otros pactos, la obligación para las partes de aportar al negocio las cantidades en metálico proporcionales a sus cuotas, para cubrir los gastos y presupuestos necesarios para la inmediata realización de las obras procedentes al fin indicado, cuyo incumplimiento por parte de la nueva aportante produciría su retirada del negocio, sin más derecho que el de recibir el total del precio que hasta el momento indicado hubiere aportado a la explotación.

Si antes de comenzar las operaciones precisas para la promoción de las fincas la aportante quisiera retirarse de esta relación, podrá solicitar la rescisión obteniendo el reintegro de la primera aportación, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de la celebración del contrato y el que entonces medie.

Si fuera el propietario original quien decidiera enajenar total o parcialmente las fincas en cualquier momento, cada parte recibirá el porcentaje que le corresponde del precio de enajenación conforme a su cuota, con derecho de adquisición preferente a favor de la aportante si lo considerara oportuno.

Por el contrario, si la nueva aportante deseara enajenar su cuota a terceros, surgiría este derecho de adquisición preferente a favor de los demás partícipes en la explotación y en proporción a sus cuotas.

Habiendo sido libremente convenidos por las partes dichos pactos, regirán con carácter preferente entre las partes, sometiéndose de forma subsidiaria y sucesiva a las normas que en relación con la comunidad de bienes primero, y sociedad civil después, tuviere establecida la legislación vigente.

Teniendo como base dicho contrato, la actora, propietaria de la cuota del 10 por 100 del negocio, formula demanda contra la otra parte contratante, suplicando al Juzgado dicte sentencia, por la que se declare: 1.º que la demandante es propietaria del 10 por 100 pro indiviso con los demandados de las fincas y arbolado existente en las mismas, se proceda a la división de la cosa común adjudicando a la parte demandante el 10 por 100 de la misma, que se determinará en la prueba o en ejecución de sentencia, quedando la misma libre y a disposición de la demandante; 2.º que los demandados deberán abonar el valor del arbolado que fue cortado y que existía en dichas fincas, cuyo valor equivalente al 10 por 100 del mismo se determinará en la prueba o en ejecución de sentencia; 3.º que es nulo cualquier título que contradiga dicha propiedad en la forma expuesta y se cancele cualquier inscripción contradictoria de este condominio que exista en el Registro de la Propiedad.

Admitida a trámite la demanda, la parte demandada formuló reconvencción, alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y suplicando al Juzgado dicte sentencia desestimando la demanda, y, estimando la reconvencción, declare rescindidas o resueltas las relaciones jurídicas entre las partes litigantes, sean de sociedad irregular o de cualquier otra naturaleza jurídica, acorde con el contenido de sus cláusulas, declarando el derecho de la otra a percibir las cantidades que tiene entregadas en virtud de aquéllas, con los intereses legales desde la fecha en que fueron aportadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, desestimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y declaró resuelto el contrato de sociedad irregular, condenando a los demandados a entregar a la actora el valor actualizado de las cantidades que hubiese aportado a la explotación, hasta la fecha de la interposición de la demanda. Recurrida dicha sentencia en casación por ambas partes, el TS declara no haber lugar a los recursos. (*R. D. R.*)

45. Responsabilidad extracontractual. Teoría de la creación del riesgo.—La creación del riesgo existió sin duda alguna, habiéndose dado el interés crematístico y la falta de previsión en función de lo previsible.

Compensación de culpas.—La práctica del juego en sí es correcta, pero debe ir acompañada de aquella diligencia necesaria para prevenir cualquier evento dañoso para los participantes; resultando evidente que los encargados del negocio no se ocuparon, ni adoptaron cuidado alguno, para advertir, e incluso impedir, la posible conducta irreflexiva de unos jóvenes, lo que no impide tener en cuenta y valorar conjuntamente la conducta del perjudicado, absolutamente irreflexiva y culposa, que influyó directamente en la causación del accidente. (STS de 23 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Santiago E. I. formuló demanda de reclamación de cantidad, contra don Ángel C. G., doña María del Pilar M. C. y «Aegón, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros», como indemnización de los daños y secuelas materiales y morales sufridas como consecuencia de haberse arrojado a una piscina portátil, colocada en el jardín, por los hijos de los demandados, encargados de la explotación personal del negocio, los cuales organizaron un concurso con premio para el primer cliente que se arrojara al recipiente. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Apelada la anterior, la Audiencia Provincial confirmó este fallo. El TS desestima los recursos de casación de los demandados. (M. D. C. H.)

46. Responsabilidad extracontractual y vehículos de motor.—A pesar de que la doctrina del TS ha ido evolucionando hacia un sistema que en materia de responsabilidad extracontractual admite soluciones cuasiobjetivas, demandas por el incremento de las actividades peligrosas, no existe responsabilidad extracontractual, cuando existe una ausencia de culpa en el conductor del automóvil que realiza correctamente la maniobra de adelantamiento y es la acción de la víctima la que motiva el accidente al girar repentinamente a la izquierda.

El error en la apreciación de la prueba ha de estar basado en documentos.—Y no tiene carácter de documentos a efectos casacionales «las sentencias, resoluciones, diligencias y testimonio procedentes de la jurisdicción penal, que no pueden enervar o invalidar, prejuzgando, la estimación probatoria que en lo civil compete al Juez», «la confesión judicial» y «las manifestaciones testificales, pues al ser un medio de prueba atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carecen de la consideración de evidencia clara e inequívoca sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error de hecho atribuible al Juzgador». (STS de 27 de septiembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En el curso de una maniobra de adelantamiento doble, de un turismo y de un ciclomotor, practicada por el conductor de un turismo, resulta arrollado el conductor del ciclomotor, que fallece, debido a que en el momento de ser adelantado realizó una maniobra de giro a la izquierda y se interpuso en la trayectoria del turismo. Su viuda presenta demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el conductor del turismo y la compañía de seguros solidariamente. En primera instancia y apelación se desestima la demanda. La demandante presenta recurso de casación por infracción del artículo 1902 CC. (L. S. M. P.)

47. Responsabilidad del INSALUD. Indemnización por suicidio de una enferma psíquica. Negligencia del personal facultativo.—Siendo la obligación del personal sanitario una obligación de medios y no de resultado, en la aplicación de los medios procedentes al caso concreto aquí enjuiciado es donde radica la negligencia del personal sanitario que prestó asistencia a la joven Alma María G. G. el día de autos y, por ende, la responsabilidad directa del Instituto Nacional de la Salud, a cuyas órdenes trabaja dicho personal sanitario (párrafo 4.º del art. 1903 CC), pues si la referida joven fue ingresada en la clínica como consecuencia de un intento de suicidio (lo que ya había pretendido en dos ocasiones anteriores y muy próximas en el tiempo a la aquí enjuiciada), la más elemental prudencia, no ya sólo sanitaria, sino incluso estrictamente humana, aconsejaba ingresar a dicha enferma en una habitación o departamento específico en que no existieran medios que le facilitaran la repetición, fácilmente previsible, de sus propósitos suicidas, lo que, en el caso que nos ocupa, no se verificó por el personal sanitario correspondiente, pues fue ingresada en una habitación no idónea para enfermos psíquicos, ya que el cuarto de baño de la referida habitación disponía de una ventana abierta (o fácilmente abrible) y sin reja de hierro, por donde se arrojó la infortunada joven, como era fácilmente previsible, dada la pertinencia de la misma en sus propósitos suicidas, que constaban en el historial clínico que de ella se tenía en dicho centro sanitario, lo que evidencia la negligencia con que actuó el personal facultativo que la asistió y la responsabilidad, por tanto, del Instituto Nacional de la Salud, a cuyas órdenes trabajaba dicho personal sanitario.

Caso fortuito.—Siendo totalmente previsible la producción del suceso aquí enjuiciado, queda excluida la posibilidad del surgimiento de un caso fortuito (art. 1105 CC). (STS de 11 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La joven Alma María G. G., que venía siendo sometida al oportuno tratamiento por depresión nerviosa y para deshabitación etílica, y que en dos ocasiones anteriores ya había sido ingresada en un centro hospitalario, como consecuencia de masiva ingestión voluntaria de medicamentos, con intención de suicidio, fue ingresada nuevamente en el servicio de urgencias de un hospital dependiente del INSALUD, en estado comatoso, como consecuencia de ingestión voluntaria y con intento de suicidio de unas veinticinco cápsulas de Distraneurine. Habiéndosele practicado un lavado gástrico y sometida después a tratamiento con fluidoterapia, mejoró en su estado y recuperó la consciencia, siendo ingresada en una habitación de la Unidad de Corta Estancia. Sobre las quince horas del día 9 de octubre de 1988, Alma María G. G., que se encontraba acompañada por su madre, entró en el cuarto de baño de dicha habitación, por cuya ventana, que estaba abierta y sin enrejado, se arrojó, sufriendo lesiones muy graves, que determinaron su fallecimiento.

En la demanda se solicitó que el INSALUD fuese condenado a pagar 15.000.000 de pesetas como indemnización por los daños sufridos a consecuencia del fallecimiento de su hija Alma María G. G., debido al deficiente funcionamiento de los servicios prestados por el hospital dependiente del INSALUD. El Juez de Primera Instancia

condenó al INSALUD a pagar a los actores la cantidad de 10.000.000 de pesetas, lo cual fue confirmado por la Audiencia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el INSALUD.

NOTA.—A mi juicio, en el caso de esta sentencia, aunque no lo diga el Tribunal Supremo, que sitúa el problema en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se ha producido el incumplimiento de la obligación contractual de seguridad, de resultado, que pesa sobre el centro hospitalario. Esta obligación, con fundamento en el artículo 1258 CC, imponía al personal sanitario el deber de ingresar a la joven Alma María G. G. en una habitación idónea para enfermos psíquicos, evitando todo riesgo de que repitiera sus propósitos suicidas.

Como señala la doctrina francesa (*Mazeaud y Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, 1965, núm. 159-2), cuando se hospitaliza a un enfermo, éste entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad; se confía a ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de caso fortuito o fuerza mayor liberaría al centro hospitalario (obligación de resultado). La solución es indiscutible cuando se trata de un enajenado o de un nervioso agudo, por existir la obligación de garantizar, contra el propio enfermo, su seguridad (Cabanillas, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 74).

Un excelente comentario de esta sentencia, con exhaustivo análisis de las sentencias que contemplan la responsabilidad civil por daños derivados del suicidio, por Díez-Picazo Giménez, en *Anuario de Derecho Civil*, 1996, pp. 101-186. (A. C. S.)

48. Responsabilidad extracontractual del médico. La obligación de medios.—La doctrina constante de esta Sala proclama que en el enjuiciamiento civil de las conductas de los profesionales médicos se descarta toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues la responsabilidad se establece en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa (SS de 6 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 de febrero y 23 de marzo de 1993 y 29 de marzo de 1994, entre otras). Los facultativos —lo que también es doctrina jurisprudencial— no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de lo que se pueda disponer y otorgar. No se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. Lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, sí en cambio, y no resulta en forma alguna disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto, son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos.

Responsabilidad solidaria.—La responsabilidad de los doctores resulta más bien de la concatenación, concurrencia y sucesión negativa de los mismos (se refiere a los concretos actos médicos individualizados), en acreditada relación de conexión causal. Al no precisarse que los actos probados revistan condiciones de aislados, la responsabilidad solidaria es la procedente, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, que viene a establecer la solidaridad de los obligados por culpa extracontractual. El vínculo de solidaridad se presenta como el más adecuado y apto para que el derecho a ser indemnizado, que corresponde a quien resulta perjudicado, en una situación que ni provocó ni tuvo parte alguna, sea efectivo y no resulte vaciado de su contenido económico compensador (SS de 1 de diciembre de 1987, 21 de abril de 1993, 26 de noviembre de 1993, entre otras). (STS de 16 febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicitó una indemnización por las lesiones sufridas a consecuencia de una transfusión, en la cual la doctora no se cercioró previamente del grupo sanguíneo de la paciente. La demanda se dirige contra el Ayuntamiento de Reus y contra la compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente. La Audiencia Provincial desestimó los recursos interpuestos por el Ayuntamiento y la compañía de seguros demandados. El TS dicta sentencia desestimando ambos recursos. (C. L. S.)

49. Responsabilidad médica extracontractual. *Lex artis ad hoc.*—La denominada *lex artis ad hoc*, se basa en el lugar común de que la obligación exigible, en cuanto al celo profesional del médico, es una obligación en general de medios y no de resultado; entre otras, en la sentencia de 25 abril de 1994, se decía «... que, no obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: a) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigible, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo».

La prueba pericial y la interpretación del informe médico por el juez.—Es inconcuso que al atenerse a las normas de la «sana crítica» en caso

alguno puede determinar que, salvo la probanza de que la valoración de esa prueba produzca unos resultados absurdos o conduzca a un despropósito dentro de la lógica razonable, pueda entenderse que se ha producido la infracción de tales preceptos, ya que el repetido artículo 63 LEC reporta al juzgador una amplitud enjuiciadora.

Referencia a la carga de la prueba.—En esta materia de imputación de responsabilidad a los profesionales médicos, no rige la inversión de la carga de la prueba, esto es, no es suficiente con la producción del daño o lesión, para imputar al actor la conducta determinante de dicho daño o lesión, la negligencia o culpabilidad correspondiente, determinante de esa responsabilidad, sino que es preciso que el damnificado sea el que acredite la falta de diligencia o la negligencia derivada por la infracción —entre otros— de los elementos que conforman la citada *lex artis ad hoc*. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes (en beneficio de su hijo tutelado y actor) interpusieron una demanda contra el cirujano médico y el anestesista, así como contra las esposas de éstos, solicitando la cantidad de 50.000.000 de pesetas en concepto de daños. El actor iba a ser intervenido quirúrgicamente como consecuencia de una sinusitis, pero tras ser anestesiado sufrió una parada cardíaca, con el resultado de secuelas irreversibles, que dieron lugar a su incapacitación legal. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente esa demanda, de forma que condenó sólo al anestesista y a su esposa. El anestesista interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso interpuesto por los padres. (C. L. S.)

50. Responsabilidad extracontractual. Accidente laboral con resultado de lesiones graves. Ausencia de reproche culpabilístico.—Señala, en efecto, la jurisprudencia de esta Sala que para imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: *a*) un elemento subjetivo representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptados, siendo de señalar a estos efectos que en la interpretación que actualmente prima para la aplicación de estas normas se tienen en cuenta los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento; *b*) la producción de un resultado dañoso, habiéndose atenuado el inicial criterio subjetivista del precepto a través de una cierta objetivación, y *c*) un adecuado nexo causal. Falta, por tanto, el presupuesto que permitiría la prueba del reproche culpabilístico, y, con ello, la aplicación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, puesto que el riesgo no puede erigirse en el campo civil en fundamento único de la obligación de resarcir. (STS de 7 de abril de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—El planteamiento del caso, según los hechos que resultan probados, obliga a reconocer que a salvo el hecho de haberse producido el accidente dentro de la empresa, no hay objetivamente una relación causal entre la conducta activa u omisiva de la empresa y el daño producido, al menos en el sentido de causación suficiente o adecuada

de carácter antijurídico o ilícito que permita atribuir la culpabilidad, afirma el TS. (A. C. S.)

51. Responsabilidad solidaria de comitente y contratista por lesiones de un trabajador de este último. Principio general de seguridad en el trabajo.—La invocación de la normativa laboral ciertamente que es genérica, pero sólo se hace para recordar un principio archiconocido: el de que el empresario está obligado a procurar a sus trabajadores la debida seguridad en el trabajo, que es hoy afortunadamente parte del acervo cultural de nuestra civilización occidental, hasta el punto de que es realmente un principio general del Derecho y una concreción acusadísima del *neminem laedere*, base del artículo 1902 CC. Que la sentencia no haya citado el precepto del Estatuto de los Trabajadores que lo recoge (art. 19.1) no origina indefensión; es conocido por todos, y, desde luego, el que no puede alegar desconocimiento, es un empresario, cualidad que tiene el recurrente. Por otra parte, los preceptos que se conceptúan como infringidos (art. 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y art. 43 del Estatuto de los Trabajadores) nada tienen que ver con la estimación o no de culpa aquiliana en el orden civil. Se refieren a sanciones por infracciones a la seguridad e higiene en el trabajo, y en esta jurisdicción nada de ello se juzga, ni se puede juzgar, ni se dan las circunstancias que prevé el tan repetido artículo 40, pues es esencial que la contrata recaiga sobre obra o servicio que constituye la principal actividad del comitente (S de 18 de abril de 1992 de la Sala 4.^a). Por último, es completamente irrelevante la llamada al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, apartados 1 y 2, porque la sentencia recurrida no niega que el trabajador lesionado formaba parte de la empresa recurrente.

Aplicación del artículo 1902 CC.—Se considera por el recurrente que no está fundamentada la aplicación del artículo 1902 CC, pues es la normativa laboral citada en el motivo anterior la que debe resolver la cuestión de la responsabilidad en el supuesto de trabajadores de una empresa que desempeña su trabajo en otra. El motivo se desestima porque en casación es susceptible de revisarse, de los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC, la calificación de la conducta del agente como culposa o negligente, y la relación de causalidad entre su acción u omisión y el daño producido, y ninguno de tales requisitos han sido sometidos a la consideración de esta Sala, sólo la improcedencia de aplicar el artículo 1902 CC para responsabilizar al recurrente.

Doctrina jurisprudencial.—Casacionalmente, sólo puede ser objeto de infracción una doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida por lo menos en dos sentencias sobre interpretación y aplicación de la ley u otras fuentes del Derecho.

Cuantificación del daño.—En virtud de la apelación de la sentencia de primera instancia por el demandante y los recurridos, la Audiencia puede resolver de modo distinto al de la sentencia que es objeto de apelación, pues en ese recurso las facultades revisoras del órgano judicial son totales, excepto en los puntos consentidos por el apelante. (STS de 24 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Tomás G. H. demandó a don J. M. V. y a «Olpe-sa, S. A.», alegando que el primero, a cuyas órdenes trabajaba, había

contratado con la entidad codemandada la realización de unos servicios y obras en las instalaciones de esta última, desplazándose allí para efectuarlos el actor y otros trabajadores de don J. M. V. Al poner en marcha una radial en el recinto de «Olpesa, S. A.», empresa que almacenaba productos químicos, se produjo una deflagración como consecuencia de la cual el actor sufrió lesiones graves. Solicitaba por ello la condena solidaria de los demandados al pago de una indemnización de 19.000.000 de pesetas.

El Juez de Primera Instancia absolvió de la demanda a don J. M. V y condenó a «Olpesa, S. A.» al pago de la indemnización de 14.000.000 de pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia condenó a los demandados solidariamente al pago de una indemnización de 19.000.000 de pesetas. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

52. Límites definidores de la congruencia en las sentencias.—El principio de congruencia según reiterada doctrina jurisprudencial no implica una concordancia literal entre el fallo y las pretensiones de las partes, sino una racional adecuación. No se produce la incongruencia de las sentencias porque el Tribunal cambie su punto de vista respecto al que mantienen los interesados, siempre y cuando el juzgador observe un absoluto respeto a los hechos (SSTS de 10 de junio de 1988, 3 de marzo de 1992, 10 de junio de 1992, 24 de junio de 1993, 19 de octubre de 1993 y 16 de junio de 1994).

Distinción entre «obra» y «producto» de la industria.—Las leyes de Propiedad Intelectual (tanto la de 10 de enero de 1879 como la de 11 de noviembre de 1987) tienen por objeto sólo obras que son resultado de una creación individualizada y personalizada. Esto no significa desde luego que todos los productos de la industria de artes gráficas se conviertan de modo automático en obras de literatura, arte o ciencia. Esta diferenciación entre productos y obras rige exactamente igual para la pintura, labrado de piedra y otros materiales y no de manera exclusiva para el ámbito literario, artístico o científico.

Condiciones para la existencia de plagio de obra ajena.—Para que surja responsabilidad por plagio de una obra ajena es preciso que éste recaiga sobre realidades formales, concretas y visibles, que resulten significativas de un modo objetivo para la producción de una lesión real del producto análogo preexistente. La jurisprudencia sobre este tema exige para la constitución de plagio que la copia servil induzca a errores sobre su autenticidad. (STS de 7 de junio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. R. S. interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el matrimonio N. C. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente su demanda declarando al actor titular de los derechos de propiedad intelectual de los cuadernos escolares titulados «Problemas Rubio», absolviendo a los demandados del resto de las peticiones. Don R. R. S. recurre la sentencia de Primera Instan-

cia ante la Audiencia, que estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia anterior en el sentido de añadir otras peticiones como la retirada del comercio de las obras por los demandados y la indemnización al actor de daños y perjuicios. El matrimonio demandado interpone recurso de casación. El Supremo casa la sentencia de apelación. (A. R. G.)

53. Hipoteca en garantía de deudas ajenas. Analogía con la fianza. El propietario no es fiador. Acción de relevación de responsabilidad. No procede.—«Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca», y no siendo deudor, «no puede ser considerado garante análogo al fiador». No procede por tanto la aplicación, siquiera analógica, de la acción de relevación de fianza del 1843, por cuanto se trata de una acción cautelar «de utilidad difícil de imaginar [en la hipoteca], porque [...] requiere consentimiento del acreedor afianzado». Además «la *ratio legis* de la norma, contenida en el artículo 1843.1.º, no se da en la ejecución hipotecaria, en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta; es posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen». (STS de 6 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. G. R. y don S. P. M. hipotecaron sendas fincas de su propiedad, en garantía de parte de la deuda que la mercantil, de la que eran accionistas, «AA, S. A.», había contraído con el Banco Español de Crédito. Vencido el préstamo el banco ejercitó la acción ejecutiva del 131 LH por el principal y las costas que cubrían las hipotecas. Antes de la subasta, los propietarios de los inmuebles hipotecados solicitan el embargo de bienes de la sociedad para el resarcimiento de los daños que la ejecución les pueda deparar. (L. F. L.)

54. Tanteo y retracto de origen convencional: su constitución en forma abstracta, sin pactar plazo de duración, determina su operatividad sólo en el ámbito obligacional.—La forma abstracta de establecer un tanteo y un retracto sin concreción de tiempo de caducidad para uno y otro, devalúa el carácter real, quedando reducido a un ámbito obligacional impermeable en su afectación a terceros. (STS de 3 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública se donaron varias fincas, sitas en Cataluña, en favor de tres hermanos. En la misma escritura se estipuló también unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios para el caso de enajenación de las fincas que se les donaban. Posteriormente, se enajenaron las correspondientes a uno de los donatarios, mediante subasta judicial, en favor de la demandada quien, a su vez, las vendió a una tercera persona. Pues bien, uno de los donatarios reclamó judicialmente el derecho a retraer su participación dominical en las fincas objeto de subasta. En primera instancia se desestimó la demanda al apreciar el Juez un defecto de litisconsorcio

pasivo necesario. En la Audiencia se entró a conocer el fondo del asunto rechazándose íntegramente la demanda. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

DERECHO DE FAMILIA

55. El convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial no es una transacción.—En la partición, los copartícipes que llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pero una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría donominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Es rescindible por lesión la partición de la sociedad de gananciales.—Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1704 CC, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la sentencia de 26 de enero de 1993, cuya doctrina se da por reproducida para evitar inútiles duplicaciones.

No cabe acción de complemento de la partición.—En el fallo del presente litigio no se ha de tener en cuenta las alegaciones de la actora respecto de la omisión de bienes en la partición, en su caso (art. 1079 CC), y en la súplica de su demanda sólo solicita la rescisión de la misma por lesión, y para apreciar ésta no se pueden considerar otras cosas que las adjudicadas, no las omitidas (art. 1074).

Lesión en más de la cuarta parte.—La esposa percibió 15.800.000 pesetas, con una merma de lo que debía percibir de 9.996.687 pesetas, lo que constituye lesión en más de una cuarta parte, que origina la rescisión de la partición, salvo que el demandado opte en ejecución de sentencia por hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 1079 CC, y lleva a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a la revocación de la de Primera Instancia. (STS de 8 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante formuló demanda de menor cuantía pidiendo que se declarase rescindida por lesión la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instan-

cia desestimó la demanda admitiendo la excepción de defecto legal en la naturaleza y modo de haberse propuesto la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (L. F. R. S.)

56. Anterioridad de la deuda respecto de la modificación del régimen económico del matrimonio.—El motivo no puede prosperar; aparte de que el documento obrante al folio 44 es un documento de carácter administrativo, inhábil por ello para servir de apoyo a un motivo casacional de esta naturaleza, del propio expediente administrativo resulta que la deuda tributaria origen del expediente de apremio deriva de impuestos devengados durante los ejercicios tributarios de los años 1979 a 1980 por Licencia Fiscal del Impuesto Industrial y 1979 a 1983 por el Impuesto del Tráfico de Empresas, anteriores, por tanto, al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por la recurrente y su esposo en que se sometieron al régimen de separación de bienes.

La responsabilidad con los bienes gananciales no desaparece con la modificación del régimen económico.—A tenor de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencia de 2 de febrero de 1985, «según el artículo 1532 LEC», la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al «tercero» que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero»; es decir, no es el «deudor»; como dice la Sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que, a tenor del entonces vigente artículo 1322, hoy artículo 1317 CC, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, añadiendo la Sentencia de 19 de febrero de 1992 que «existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a uno de los cónyuges no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1401 CC».

Carácter consorcial de las deudas tributarias contraídas por un cónyuge en la explotación de un negocio.—Acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362.4 CC, y 6 y 7 CCO. Dice la sentencia de 26 de enero de 1985 que «si bien es cierto que antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico matrimonial que estimen con-

veniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme al artículo 1396 CC establece, previa formalización del activo y del pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrá de integrarse, a la luz del número 1 del artículo 1398, el importe de “las deudas pendientes a cargo de la sociedad”, cuyo prioritario pago impone el artículo 1399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándose por mitad, tal como establece el artículo 1404». (STS de 18 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la esposa del deudor, que había contraído en los años 1979 y 1980 deudas con la Hacienda Pública, derivadas de su actividad industrial. Los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales a finales de 1985, habiéndose adjudicado la esposa la vivienda posteriormente embargada. Ejercitada tercería de dominio por la esposa, su pretensión fue rechazada por los órganos judiciales.

NOTA.—Sin discutir el fondo del asunto, que nos parece correcto queremos manifestar nuestra discordancia con el criterio sostenido por el TS a la hora de calificar como ganancial la deuda contraída por el marido comerciante, pues el Alto Tribunal cita en apoyo de su tesis el artículo 1362.4 CC, que es un precepto aplicable únicamente en la relaciones económicas internas de los cónyuges. La deuda del cónyuge comerciante se regula en el párrafo final del artículo 1365 CC, que se remite a lo dispuesto en el Código de Comercio, que establece una responsabilidad superior a la del precepto últimamente citado. (L. F. R. S.)

57. La modificación del régimen económico matrimonial sólo puede perjudicar a terceros desde la fecha de la inscripción correspondiente en los registros.—Goza de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala sentada, entre otras muchas, en sentencias de 5 de junio y 6 de diciembre de 1989, 16 febrero, 6 de marzo y 2 de abril de 1990, y 26 de junio de 1992, de acuerdo con las cuales en estos supuestos son de aplicación los artículos 1317 y 1333, habida cuenta de la doctrina que en los mismos se establece, tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, por lo que la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros toda vez que cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento más beneficioso para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contratasen. (STS de 9 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La Hacienda Pública reclamó a un comerciante las cantidades que éste adeudaba por impuestos correspondientes a su actividad industrial en los años 1983, 1984 y 1985, embargando una vivienda que había sido ganancial hasta el día 21 de noviembre de 1985, fecha en la que el deudor y su esposa otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, adjudicándose la esposa la finca

mencionada. Interpuesta la tercería de dominio por el cónyuge del deudor, para levantar el embargo sobre el inmueble citado, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

58. Impugnación de paternidad. Desistimiento y caducidad de la acción.—La acción impugnatoria de la paternidad, que concede al marido el artículo 136 CC, ha quedado trunca y definitivamente caducada por el desistimiento de la parte demandante, al no haber sido mantenido su ejercicio, pues el actor abandonó el proceso y, prácticamente, por el peso de la caducidad ha renunciado a la misma.

Transcurrido el año a partir de la inscripción, no puede el padre volver a ejercitar tal acción, por aplicación del plazo de caducidad, luego se puede afirmar que el acontecer procesal ha producido el resultado efectivo de que se mantenga la filiación; y por lo que respecta a la ratificación de la misma, también pedida, carece de interés jurídico un pronunciamiento en tal sentido, cuando ya nadie pone en duda, ni combate en ninguna esfera, la declaración legal actualmente vigente.

Inexistencia de analogía. Desistimiento en el ejercicio de la acción impugnatoria de la paternidad. Filiación judicialmente determinada contra la oposición del progenitor.—No existe semejanza identificadora, a la que se refiere el artículo 4 CC, entre la regla 2.^a del artículo 111 CC y el artículo 136 del mismo texto legal, cuando la parte demandante que impugna la paternidad desiste en el ejercicio de la acción.

Este supuesto no se corresponde, ni existe la identidad de razón que se plasma en el precepto cuya analogía se pretende, ya que en éste el legislador refirió los casos de aplicación a la sentencia penal, y a una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor; siendo doctrina pacífica de esta Sala la exigencia de ciertos requisitos para que pueda darse la analogía: *a)* que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; *b)* que entre ambos se aprecie identidad de razón, y *c)* que no se trate de leyes penales ni sancionadoras con pérdida de derechos (SS de 7 de febrero de 1984; 13 de noviembre de 1985; 20 de enero de 1987, etc). La *ratio legis* de la norma, o elemento de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es precisamente lo que se quiere parangonar con la situación no considerada, y por otra parte, las conductas tipificadas en el artículo 111 CC están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como leyes civiles sancionadoras con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el número 2 del citado artículo 4; ya que el calificativo de «penal» que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la «penalidad civil», de que se habla en la disposición transitoria tercera del Código, junto a la privación de derechos (sentencia de 23 de julio de 1987).

Recurso de casación. No admisión de alegación de aforismos latinos.—Cualquier aforismo latino, intentando justificar el cauce procesal del número 4 del artículo 1692 LEC, resulta notoriamente inaplicable en el estricto

ámbito de un recurso de casación, pues la Ley procesal se refiere a las infracciones de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuesen aplicables. (STS de 11 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras formular demanda de impugnación de paternidad del hijo matrimonial, habido con su esposa en fecha en la que estaba vigente el matrimonio, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el actor no es el padre del menor demandado y se libre exhorto al Juez encargado del Registro Civil para que modifique la filiación del menor, la parte demandada formula reconvencción suplicando se tenga por contestada la demanda y se dicte sentencia desestimatoria, por la que se mantenga y ratifique la filiación matrimonial, legalmente determinada, del menor respecto del demandante; y se excluya a éste de la patria potestad y demás funciones tuitivas, y de todo derecho por ministerio de la Ley respecto de su hijo, descendientes o herencias, determinándose, además, que el hijo no ostente en lo sucesivo el apellido de su progenitor.

Posteriormente, pero antes de que se dicte sentencia, el demandado desiste de la acción entablada y se aparta del procedimiento, continuando el mismo sólo en función de la reconvencción, que es resuelta desestimatoriamente tanto en la primera instancia como en la apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar. (R. D. R.)

59. Derecho de alimentos derivado de la patria potestad. Ejercicio de la acción de reclamación cuando el alimentista ha cumplido la mayoría de edad.—Una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que éstos se soliciten en tiempo y forma. Por tanto, no debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no pueden condenar a pagarlos sino desde la fecha en que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista, y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, e incluso de que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes CC, una vez concluida la patria potestad. (STS de 8 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo alcanzado la mayoría de edad, don Manuel B. V. ve reconocida su filiación extramatrimonial respecto de don Manuel B. P. (STS de 21 de mayo de 1988). Con base a este nuevo estatus, el demandante reclama de su padre una suma determinada en concepto de alimentos derivados de la patria potestad por el tiempo comprendido entre su nacimiento y la mayor edad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. No prospera el recurso de casación. (J. L. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Régimen sucesorio de los títulos nobiliarios. Discriminación por razón de sexo.—El orden sucesorio en los títulos nobiliarios, caracterizado por la indivisibilidad de lo que se hereda, obliga a respetar determinados criterios objetivos necesarios que permitan decidir, en cada caso concreto, la persona que ostenta el preferente derecho. Pero tales criterios selectivos serán admisibles sólo en la medida que no se identifiquen con la específica aceptación del término «discriminación», sinónimo, en esta materia, de postergar o dar un trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo, anteponiéndole siempre y sistemáticamente la condición de varón, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional, «la discriminación sobreviene cuando hay una distinción de trato carente de justificación objetiva y razonable: lo que conculca el principio constitucional consagrado en el artículo 14 es precisamente la desigualdad irrazonable»; «ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (SSTC de 10 de noviembre de 1981, de 10 de marzo de 1983 y de 10 de julio de 1985). De los tres factores que tradicionalmente han condicionado el mejor derecho a una dignidad nobiliaria: primogenitura, masculinidad y representación, sólo el segundo carece de esos requisitos indispensables que señala el Tribunal Constitucional: objetividad (sinónimo de imparcial o justo) y necesidad. Su fundamento no es otro que la desigualdad jurídica de sexos.

Inconstitucionalidad sobrevenida. Irretroactividad.—La antigua preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión nobiliaria ha de entenderse actualmente discriminatoria en razón al derecho fundamental de «igualdad» proclamado en el artículo 14 de la Constitución, y en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevenida con referencia a las sucesiones producidas a partir de la promulgación y vigencia de aquélla, pero sin que a tal abrogación puedan atribuírsele efectos retroactivos acerca de transmisiones y sucesiones operadas con anterioridad. La desigualdad que implica el principio de masculinidad no deriva de una relación jurídico-privada, sino directamente de la Ley, por lo que no se trata de una simple desigualdad de hecho, sino de derecho ante la Ley.

Mutabilidad de la jurisprudencia.—Según la sentencia de esta Sala de 3 de enero de 1990, el artículo 1.6 CC atribuye al TS la función de interpretar y aplicar las leyes, y dentro de esta función, e implícitamente contenida en ella, está la de evolucionar los criterios hermenéuticos, pudiendo cambiar de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria. Como declaró el TC en Auto de 23 de mayo de 1988, «no toda desigualdad es discriminatoria y, en concreto, no lo es la que deriva de un cambio de orientación jurisprudencial en la aplicación de las normas jurídicas por los órganos judiciales competentes, siempre que dicho cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria de las mismas, ya que el derecho a la igualdad debe cohonestarse con la exigencia de respeto a la independencia de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones propias y exclusivas, y no puede tener como efecto impedir cualquier evolución jurisprudencial». (STS de 18 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Tras el fallecimiento de don Carlos P.-S. y C., Duque de Pínohermoso con Grandeza de España y Conde de Villaleal, se mandó expedir, por Órdenes ministeriales de 6 de noviembre de 1987, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en los citados títulos nobiliarios a favor de don Carlos P.-S. y A. de T., nieto de aquél. Ante esta situación, doña Margarita P.-S. y F.-V., hija del fallecido, promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra don Carlos P.-S. y A. de T., a fin de que fuese declarado ser mejor y preferente su derecho genealógico frente al demandado. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda y declaró la preferencia de la actora a usar y poseer el título de Grandeza. La Audiencia revocó la sentencia y aplicó el régimen sucesorio tradicional sin entenderlo derogado por la Constitución. El TS casó la sentencia y estimó la demanda ante la oposición del Ministerio Fiscal. Se formuló un voto particular discrepante. (*J. L. R.*)

61. Desheredación. Impugnación. Litisconsorcio pasivo.—En el ejercicio de la acción que tiene el desheredado «para probar que no es cierta la causa de desheredación», los herederos forzosos de éste «ostentan indiscutiblemente la posición de parte demandada», por cuanto la desheredación «no significa que [...] se produzca una vacante en la titularidad de la cuota de legítima estricta de la que ha sido privado por el testador.[...] Por el contrario, son los hijos del desheredado los que tienen la cualidad de legitimarios (que correspondía al padre y que perdió por la desheredación)» (art. 857 CC). No puede ser «argumento contrario para mantener la innecesariedad [de demandar a los hijos] la extensión de los efectos de cosa juzgada a los sucesores (art. 1252, párrafo 3.º), porque en este proceso el derecho del actor es distinto y contrapuesto por esencia al de sus hijos». (STS de 31 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña E. G. A. fue condenada a indemnizar a don S. M. R. la cantidad de 5.725.353 pesetas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, que son satisfechas por su suegro don S. M. A. A la muerte de éste su hijo don S. M. R., que había sido desheredado por el causante impugna dicha desheredación y solicita la colación del capital con que su padre cubrió la obligación de su nuera, pero lo hace sin demandar a sus propios hijos (nietos de don S. M. A., que sustituyen al desheredado, su padre —don S. M. R.—, en la herencia del padre de éste). (*L. F. L.*)

62. La sentencia absolutoria supone acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC.—Adelantando, que tanto la sentencia de primera instancia como la aquí impugnada son desestimatorias de la demanda y por tanto absolutorias, es ello de completar poniendo de relieve la constante doctrina de esta Sala a cuyo tenor, las sentencias absolutorias, por regla general y a salvo excepciones aquí no concurrentes, al resolver todas las cuestiones discutidas suponen acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC (SS de 15 de febrero y 14 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1993 y 8 de junio de 1994).

Aportación extemporánea de documento de renuncia de albaceas y comisarios partidores.—En relación con lo indicado es de agregar: a) que

encontrándose en poder de la actora-recurrente referida renuncia desde el 19 de abril de 1991, el hecho de no haber sido presentada hasta el momento que se deja indicado es algo de lo que ella es única responsable, razón por la cual no puede invocar indefensión según una muy constante doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, que por su generalidad no es preciso indicar; *b*) que como se indica en el fundamento séptimo de la resolución recurrida, en todo caso se trata de un hecho nuevo en cuanto propuesto por vez primera en la apelación, por lo que no puede ser tenido en cuenta ya que de serlo la indefensión se produciría en la parte apelada, y *c*) que son de tener en cuenta los acertados razonamientos contenidos en la sentencia recurrida en orden a la distinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albaceas.

Entre las facultades de los albaceas contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad de gananciales del causante y el cónyuge viudo.—Es preciso a tales efectos dejar sentado, que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador-partidor como un albacea, y consiguientemente a éste con facultades de contador-partidor (SS, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947); igualmente es de señalar, que cual ha quedado expuesto en el fundamento segundo de esta sentencia, los designados por el testador como albaceas, contadores-partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad de ganancial del causante y el cónyuge viudo (SS de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1947, además de Resoluciones de la DGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado. (STS de 8 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del causante, actuando en su nombre y en el de sus hijos, interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra los descendientes del primer matrimonio del fallecido, solicitando, entre otros pedimentos, que se liquidara la sociedad de gananciales del primer matrimonio, vendiéndose en pública subasta una finca ganancial correspondiente a dicha comunidad, y que el 50 por 100 del producto obtenido en la subasta se integrara en la herencia del causante, con derecho de los demandantes a partir la mencionada herencia.

El 5 de marzo de 1991, el Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, señalando en su sentencia que, al no constar la renuncia o no aceptación del cargo por los albaceas, éstos se encontraban dentro del plazo para realizar la partición. Formulado recurso de apelación, los apelantes no pidieron el recibimiento a prueba, y sólo en el trámite procesal siguiente, al darse traslado a la parte actora-

apelante, para instrucción por plazo de cuatro días, se aportó escritura pública de renuncia de los albaceas, documento que la actora tenía en su poder desde el 19 de abril de 1991. La Audiencia Provincial y el TS confirmaron el fallo del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

63. Partición de bienes derivada de separación conyugal contenciosa: carácter facultativo del artículo 1061 CC.—La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la «posible igualdad» y las excepciones que contempla el artículo siguiente, que el artículo 1061 CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las SS de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 y 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tenor literal del precepto al hablar de la «posible igualdad», antes aludida, y la más reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el artículo 1061 tiene más bien carácter facultativo y orientativo que imperativa observancia.

La de 14 de junio de 1993 tomó en consideración, al tratarse, no de impugnar unas capitulaciones matrimoniales, sino de una sociedad de gananciales extinguida, que no era aconsejable la venta en pública subasta del piso que constituía vivienda de los hijos y la esposa, al poder compensarse con dinero u otros bienes como se había hecho en la partición.

En definitiva, aún sin desconocer la fuerte corriente doctrinal que propugna la imperactividad relativa, no absoluta, del precepto, tomando en cuenta esa «posible igualdad»; que nos encontramos en una partición derivada de separación conyugal contenciosa; y «siguiendo tensas relaciones entre los litigantes», el motivo que ha de ser desestimado, máxime cuando los contadores partidores de las partes habían seguido el criterio lógico, según manifiesta el dirimente y no se ha contradicho, de «adjudicar al esposo don Emilio Illarregui Pascua las acciones de los negocios “Tapicerías Emilio, S. A.”, y “Emilio Illarregui, S. A.”, al tratarse de negocios de carácter familiar que han sido formados y vienen siendo desempeñados por el Sr. Illarregui y su familia». Y respecto a la mitad del prado de Arnuelo inventariadas al núm. 14, y la mitad de la finca y casas de Setién inventariadas al núm. 15, afirma dicho dirimente que «la adjudicación de estas mitades indivisas de inmuebles al esposo, parece la única solución razonable y lógica, dado que compromete la propiedad de los mismos con su padre y hermana, respectivamente, por lo que adjudicar cualquiera de estas mitades indivisas de inmuebles a la esposa, sería muy probablemente abocar a futuros litigios, lo que compagina con el 1078 LEC, en cuanto dispone que «el contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieron conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión lo mismo que la excesiva división de las fincas», y si, como dijo la sentencia de 15 de julio de 1985, el párrafo 2.º del artículo 3 CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las

normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa. (STS de 15 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante formuló demanda por la que solicitaba que el contador-partidor dirimente procediera a rectificar el cuaderno particional redactado por él mismo en el sentido de formar lotes con bienes de la misma naturaleza, especie o calidad y suprimiendo en lo posible las compensaciones en metálico. La demanda fue desestimada íntegramente por el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

64. Incongruencia de la sentencia que declara la rescisión de la partición, habiéndose solicitado la nulidad en la demanda.—Para resolver el motivo hay que partir de que en la demanda se instó la nulidad de la partición, que es cuestión distinta de la rescisión, ya que ésta es de carácter subsidiario, sólo utilizable cuando se carece de todo otro recurso legal (art. 1294) y no comporta siempre que se efectúe una nueva partición (art. 1070), por lo que al acordar el Juzgado la rescisión, ha concedido cosa distinta de la nulidad solicitada, cuando ésta se da sólo por las mismas causas que la nulidad de las obligaciones (salvo el supuesto previsto por el art. 1081), y en autos, ni en la sentencia se ha hecho alegación y prueba de vicio alguno de la partición, tendente a demostrar que carece de los requisitos esenciales para la existencia y validez de las obligaciones y contratos. La sentencia, pues, es incongruente y produce indefensión.

Sólo se da entrada en el juicio de testamentaria al contador dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición.—Que hubo quebrantamiento es evidente, porque el procedimiento de juicio de testamentaría sólo da entrada a la actuación del dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición, pero en ningún caso cuando una de las partes renuncia a designar contador-partidor, renuncia a designar peritos, y se aparta, de hecho, de intervenir en las actuaciones procesales, porque en tal caso, sólo le quedará impugnar la partición para anularla o rescindirla, pero el juez no puede ordenar que la efectúe el contador dirimente designado en su día para otros menesteres. (STS de 27 de febrero de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—En un juicio de testamentaría, los herederos nombraron dos contadores-partidores y un contador-partidor dirimente. El contador nombrado por parte de don Pedro devolvió los autos manifestando que se le tuviera por suficientemente instruido para en su día poder contribuir a la formalización del correspondiente cuaderno particional, pero sin presentar operaciones divisorias. El contador-partidor por parte de don Diego formuló escrito de operaciones particionales. Al no existir desacuerdo en las operaciones divisorias por haberse presentado solamente un cuaderno, se pusieron de manifiesto a las partes la operaciones divisorias. Don Pedro se opuso al proyecto particional realizado por el contador de don Diego y pidió su nulidad. El juez acordó tramitar la oposición por el cauce del juicio declarativo de menor cuantía. Don Pedro y sus hermanos presentaron demanda contra don Diego, en la que solicitaban, entre otros pedimentos, la nulidad del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor que actua-

ba por parte de don Diego. El juez de Primera Instancia desestimó la demanda, aprobando la partición practicada. La Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes declarando que se procediera por el contador-partidor dirimente a rectificar el único cuaderno particional practicado y haciendo otros pronunciamientos complementarios. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Diego, manteniendo la validez de la partición realizada, en los mismos términos declarados por el juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

65. Marcas. Denominaciones genéricas.—Deben considerarse vocablos genéricos, subsumibles en el núm. 5 del artículo 124 del Estatuto sobre Propiedad Industrial, a aquellos términos de marcado carácter genérico que han llegado a adquirir propio sentido idiomático, por su constante uso en múltiples aspectos y actividades intelectuales, comerciales e industriales, y, por tanto, no son susceptibles de apropiación para su utilización en exclusiva.

Signos comerciales. Determinación del riesgo de confusión. Identidad o semejanza.—Atendiendo al criterio jurisprudencial adoptado en reiteradas sentencias, la confrontación de las denominaciones en conflicto ha de ser realizada en una visión de conjunto sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad genérica y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta en el juicio valorativo la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora, a fin de decidir si la marca es susceptible de originar confusión en el tráfico (SS de 28 de marzo de 1980 y 28 de noviembre de 1986).

Cuando la simple comparación gramatical o literal de las respectivas composiciones de una y otra marca, es reveladora de una clara diferenciación, e igual acontece con su comparación fonética, no es posible defender el criterio de la semejanza entre las marcas en cuestión, aunque se refiriesen a productos idénticos, pues no inducen a error o confusión entre el público consumidor respecto a la adquisición de los productos que, de modo respectivo distinguen. (STS de 10 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Entendiendo vulnerado el derecho al uso exclusivo de la expresión «Master» como marca comercial específica, su titular registral formula demanda contra la entidad extranjera M. I, suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando el cese inmediato de la utilización, por parte de la sociedad demandada, de la marca con la que comercializaba artículos de juguetería importados a España, la abstención de otorgar licencia sobre el uso de las expresiones en cuestión como marca, mientras no sea titular registral de las mismas por resolu-

ción judicial firme, y la retención de la mercancía que con esa marca y el símbolo R de registrado se encuentra en el mercado, y se condene a la compañía demandada al pago de los daños y perjuicios causados al actor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. Resoluciones que confirman el TS declarando no haber lugar al recurso de casación. (*R. D. R.*)

66. Contrato de seguro. Procedimiento de tasación de daños.—Como ya estableció la sentencia de 17 de julio de 1992, el procedimiento de tasación y la actuación de los peritos debe cumplir los requisitos mínimos establecidos en el apartado 5.º del artículo 38 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, en relación con el contenido del acto, en la que deberán hacerse constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización, requisitos que habrá de reunir el dictamen emitido, por unanimidad o por mayoría, con intervención del perito tercero.

Requisitos que no se cumplen cuando no existe un elemento de juicio que permita apreciar la objetividad del dictamen pericial, en caso de impugnación por alguna de las partes, y falta la necesaria discusión entre los diferentes peritos en que, previa deliberación de las cuestiones sometidas a pericia, se hubiera podido llegar a un dictamen adoptado bien por mayoría, bien por unanimidad. (**STS de 19 de junio de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—Sustraídos determinados bienes objeto de una póliza de seguro contra el robo, y habiéndose designado judicialmente un tercer perito tasador para emitir el correspondiente informe pericial, ante la disconformidad de los peritos nombrados por las partes para la tasación, la entidad aseguradora, formula demanda alegando la incorrección del procedimiento seguido por el tercer perito para la emisión del dictamen, al no haberse respetado las oportunas formalidades para obtener la unanimidad o la mayoría necesarias, y suplicando al Juzgado declare la nulidad del acta pericial extendida, por emisión fuera de plazo y falta de citación y ocultación de documentos al perito de la compañía aseguradora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial resuelve la apelación confirmando la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación, el TS casa y anula los anteriores fallos. (*R. D.R.*)

67. Función del capital social y responsabilidad de los administradores.—El capital social constituye una suma de aportación pero no implica una limitación de la actividad mercantil en el sentido de que impida a la sociedad la realización de operaciones que excedan en su importe de aquella suma de aportación. La sociedad puede nutrirse de otras fuentes de financiación que le permitan desarrollar un tráfico mercantil que exceda en su cuantía del capital social, sin que ello suponga en ningún caso abuso por parte de los administradores ni

una actuación maliciosa o gravemente negligente de éstos que determine su responsabilidad frente a socios y terceros acreedores.

Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 24 de septiembre de 1987, 4 de marzo de 1988 y 12 de noviembre de 1991) que en el conflicto entre los valores constitucionales de seguridad jurídica y justicia puede llevarse a cabo de forma prudencial la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades a las que la Ley otorga personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que bajo el amparo de esa ficción puedan perjudicarse de forma legal intereses privados o públicos. Sin embargo el carácter cuasifamiliar de una sociedad (el hecho, en concreto, de que sus socios sean cuñados) no es causa suficiente para que quede acreditado el ánimo defraudatorio que exige la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. (STS de 12 de junio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Curtidos «C., S. A.» formulada demanda de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra «T. y N., S. A.» y contra los administradores de dicha sociedad (cuñados entre sí) por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La sentencia de primera instancia declara que los demandados adeudan solidariamente a la sociedad actora la cantidad de 12.428.546 pesetas más los intereses legales. Los demandados interponen recurso de apelación y posteriormente recurso de casación ante el Supremo, que absuelve a los demandados del pago de su deuda. (A. R. G)