

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pedro ARENAS NAON; José M.º BECH SERRAT; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Antoni CALLE ORTEGA; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO; Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; Regina GAYA SICILIA; Alfonso GONZÁLEZ GOZALO; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, y Albert RUDA GONZÁLEZ**

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Sucesión de títulos nobiliarios. Criterios aplicables.—El artículo 5 del Real Decreto de 4 de junio de 1948 establece que la sucesión de los títulos nobiliarios debe llevarse a cabo observando lo dispuesto en su título de concesión. Sin embargo, aunque el título de concesión utilice para la sucesión los criterios de masculinidad y primogenitura, la doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 7 de julio de 1986, 20 de junio y 27 de julio de 1987, 28 de abril y 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991 y 18 de abril de 1995) mantiene que el criterio de la masculinidad (preferencia del varón) no es aplicable porque es inconstitucional al vulnerar el artículo 14 de la Constitución por lo que sólo se debe estar al criterio objetivo de la primogenitura, que no implica discriminación por razón de sexo. El TS cuando una persona obtiene Real Carta de sucesión de un título nobiliario en base al criterio de la masculinidad, afirma que no estamos ante una sucesión regular sino ante una cesión del título en favor de persona que no ostenta el mejor derecho a suceder.

Cesión de título nobiliario a persona que no ostenta el mejor derecho. Requisitos para su validez.—El artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 dispone que la cesión de un título nobiliario a una persona que no ostenta el mejor derecho a suceder no puede perjudicar a los llamados a suceder con preferencia al cesionario y por ello exige que quien tenga derecho preferente a suceder el título debe probar de forma expresa y en acta notarial el acto de cesión del título nobiliario a persona con peor derecho. Aunque la persona que ostenta mejor derecho haya recibido una compensación económica, si no se han cumplido esos requisitos la cesión no es válida. Con relación a este tema, el TS (SS de 7 de diciembre de 1985, 21 de febrero de 1991 y 11 de diciembre de 1995) ha señalado que el tenedor de la dignidad nobiliaria no puede disponer de ella de manera diferente a la que señala el Decreto de concesión. (STS de 13 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña P.A.C. primogénita del último tenedor del título nobiliario de Marqués de Oroquieta presentó demanda solicitando que se declarara la nulidad e ineficacia de la Real Carta de sucesión del título nobiliario otorgada a favor de su hermano menor, don L.A.C., como consecuencia de la cesión del título que realizó su padre en escritura pública a favor de su hijo varón y que se declarase su mejor derecho para poseer el mencionado título nobiliario. El padre compensó económicamente a la hija primogénita.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. El TS casó la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, formulando un Magistrado un voto particular.

NOTA.—El Sr. Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada formula un voto particular en el cual expone su opinión sobre la sucesión de títulos nobiliarios. En primer lugar realiza una exposición de los antecedentes históricos de la cuestión. En segundo lugar fija un contenido jurídico de los títulos nobiliarios. A continuación argumenta en favor del carácter no discriminatorio de los títulos nobiliarios. En cuarto lugar afirma que no es aplicable la Convención de 16 de diciembre de 1979 de Nueva York sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer a este tema porque los títulos nobiliarios no afectan a los derechos humanos ni a las libertades fundamentales de la persona. Así mismo señala que los títulos nobiliarios tienen carácter honorífico y que no se pueden equiparar a un derecho fundamental de la persona. En conclusión, el Magistrado en su voto particular defiende que la preferencia del varón respecto de la mujer en las sucesiones nobiliarias no vulnera el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución.

La STC 126/1997, de 3 de julio, utiliza similares argumentos a los expresados en el voto particular del Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada. Esta STC cierra de forma definitiva el contencioso sobre la sucesión regular de las dignidades nobiliarias. El TC admite la constitucionalidad de los títulos nobiliarios porque, en la actualidad, tienen carácter simbólico y honorífico. Afirma que para no desvirtuar el origen y la naturaleza histórica de las dignidades nobiliarias el régimen de su transmisión *mortis causa* debe ser el que la voluntad Regia fijó en la Real Carta de concesión. El TC concluye afirmando que la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado no es contraria al artículo 14 de la Constitución. (M. J. P. G.)

2. Circunstancias que imponen la caracterización de un personaje como «público» y consecuencias que derivan de esta calificación.—«...la soberanía del pueblo; el que de él emanan los poderes del Estado; el pluralismo político como garantía del Estado democrático; la trascendencia de unas elecciones para determinar quién ha de ostentar el poder; lo importante de la comisión que ha de formar las candidaturas en una comarca; la autonomía de los municipios; la legitimidad de las discrepancias; el que éstas surjan dentro de un partido, entre miembros pertenecientes al mismo; el que la intromisión ilegítima (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982) sea concepto que deba ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido del derecho esencial a difundir información, sobre todo cuando verse sobre temas de trascendencia pública cual unas

elecciones, son otras tantas circunstancias para mantener que en tal situación la personalidad del recurrente entra en el campo de lo público, trasciende de lo privado y conduce a una mayor tolerancia y flexibilidad al valorar ciertas expresiones o exposiciones de hechos, debiendo advertirse también que la circunstancia de aparecer mezclados en el artículo periodístico elementos valorativos e informativos, así como discutibles conjeturas, no permite por sí solo apreciar una lesión del derecho al honor, pues no es exigible un relato, puro, objetivo y aséptico, que sería incompatible con el pluralismo y la tolerancia de la libre manifestación de opiniones y críticas de la actividad de quien va a contribuir de un modo esencial en la designación de quienes pueden acceder a desempeñar una función pública (sobre estos principios pueden consultarse las SS de 26 de febrero de 1992, 20 de febrero de 1993 ó 26 de abril de 1994, que, en esencia, mantienen idéntica doctrina)».

La calificación de «cacique» no implica lesión del derecho al honor, intimidad personal y familiar del así aludido.—«Con cuanto antecede y con el acertado análisis que las sentencias de instancia realizan de la acepción que ha de atribuirse a la palabra “cacique”, en su sentido figurado y familiar, tal como se constata en el Diccionario de la Real Academia Española, es llano que no existe intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar del recurrente, que acepta formar parte de una comisión con la que no están de acuerdo otros miembros del partido y que consideran, con acierto o sin él, menos democrática y más “caciquil” que el sistema que se venía utilizando, lo que, en definitiva, habían de juzgar los lectores».

Valor prevalente de las libertades consagradas en el artículo 20 de la Constitución.—«Como dijo la STC 172/1990, “las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unido al pluralismo político que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”».

Deber de asumir el riesgo de lesión de sus derechos subjetivos de la personalidad por opiniones/informaciones de interés general por parte de quienes participan en asuntos de relevancia pública.—«También se ha repetido por el TC y por esta Sala que quien resulta implicado en asuntos de relevancia pública viene obligado por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática».

Exigencias del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.—«...lo que el principio de igualdad exige, como regla general, es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, de manera que no toda desigualdad de trato en la regulación de una determinada materia entraña vulneración del derecho fundamental a la igualdad, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no posean una justificación objetiva y razonable para la diferenciación; y circunstancias objetivas y razonables, no arbitrarias, son la implicación en asunto de relevancia pública y la trascendencia del mismo». (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación, miembro de la comisión del Partido Popular encargada de confeccionar las candidaturas para las elecciones municipales de mayo de 1991, acude al Juzgado por entender que en un artículo firmado por el presidente comarcal, el coordinador y una concejala de su partido, se lesiona su derecho al honor. El Juzgado de primera instancia desestima la demanda considerando que no hubo intromisión ilegítima en el honor del actor. La Audiencia provincial confirma la resolución apelada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

3. Competencia de la jurisdicción civil en materia de defensa del honor. Principio de «intervención mínima» que preside el orden penal.—«Se formula “como primer motivo de casación la incompetencia o inadecuación del procedimiento del apartado 2 del artículo 1692 LEC en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal, en cuanto que la Jurisdicción utilizada por el demandante no ha sido la correcta, pues, el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, establece que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal”. Este planteamiento es defectuoso porque, en realidad, se denuncia exceso en el ejercicio de la jurisdicción y su vía adecuada sería el núm. 1 del artículo 1692 y no el núm. 2, lo cual podría comportar la inadmisión -ya desestimación- del motivo, pero, con el fin de satisfacer lo más ampliamente posible el derecho constitucional (art. 24-1) a la tutela efectiva judicial, la Sala procederá a su examen, que igualmente conduce a su desestimación atendiendo a la doctrina jurisprudencial que, conforme a lo declarado por el TC (S de 16 de diciembre de 1991), viene reiterando (SS de 26 de enero y 24 de julio de 1993, 26 de abril de 1994 y 14 de junio de 1995) que supone un debilitamiento o restricción de la acción civil de defensa de los derechos de la persona en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando a un resultado lesivo de los derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable, el obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, toda la vía penal, para, una vez finalizada ésta, iniciar la civil. En el presente caso, dado que no pende proceso penal alguno sobre los hechos objeto de la acción civil, ni está condicionada la decisión de la cuestión que constituye el objeto del proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, es evidente que en el conocimiento del asunto por los Tribunales del orden civil no se ha producido exceso jurisdiccional».

Requisitos para apreciar vulneración del derecho al honor: no se requiere ni *animus diffamandi* ni beneficio de la persona que vierte las afirmaciones supuestamente lesivas de este derecho.—«...el ataque al crédito personal de éste se produjo naturalmente por el propio tenor de sus manifestaciones ...lo cual es perfectamente correcto sin que sea exigible un específico *animus diffamandi*, como sostiene el recurrente, sino que basta que objetivamente se cause el desmerecimiento contemplado en la Ley, y en cuanto a que se halle ausente el beneficio para la persona que vierte las afirmaciones, sólo ha de recordarse que tal beneficio se pondera en la Ley -y en la jurisprudencia, incluso la citada por el recurrente- en relación con el *quantum* de la indemnización procedente (art. 9-3), pero no como requisito para apreciar la intromisión ilegítima de que se trata». (STS de 6 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Director General de Programación e Inversiones del Ministerio de Educación y Ciencia demandó a un periodista, a las sociedades editoras, editores y directores de seis periódicos y a la Agencia EFE por vulneración de su derecho al honor. El Juzgado desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción. Apeló el actor y la Audiencia provincial, revocando la resolución, estimó parcialmente la demanda en cuanto interpuesta contra el periodista. No hubo lugar al recurso de casación promovido por éste. (R. G. S.)

4. Ponderación casuística de los límites de los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad y propia imagen. Criterios para determinar la preferencia de la libertad de expresión e información.—«Tanto el TC como este TS vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites y fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de formalismos enervantes, siquiera haya de afirmarse siguiendo la jurisprudencia constitucional 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 derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática que se enuncia en el artículo 1, apartado 2, de la Constitución y que es base de nuestra ordenación jurídico política” —STC de 16 de marzo de 1981— puntualización que la Constitución otorga a las libertades del artículo 20 “una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales” —STC de 17 de julio de 1986—; por último, la libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer cuando versa sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal, de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si han sido contrastadas con datos objetivos, aun cuando su total exactitud sea controvertible (STC de 8 de junio de 1988).

Cuando en el ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 20.1 CE resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información y, por tanto en posición preferente (SSTC de 22 de febrero de 1989 y 11 de noviembre de 1991) y en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal de 17 de octubre de 1991 dice que “el TC ha afirmado reiteradamente que en la confrontación de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor que aquélla goza, en general, de una posición preferente, siendo preciso, para indagar en cada caso concreto si el derecho de información debe prevalecer, constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en que esa persona se haya visto involucrada y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa información, de manera que la libertad de información no puede considerarse como absoluta”».

La carga de la prueba de la veracidad de los hechos recae sobre el autor de la información.—«En el artículo periodístico objeto de este litigio no se está atribuyendo al recurrente la comisión de delito alguno y si bien es cierto que aquél a quien se atribuyan hechos en una información periodística que, por su naturaleza, puedan constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor de esa persona, no viene obligado a la prueba de la inexistencia de tales hechos o de que no tiene carácter delictivo, sino que es el autor de la información quien ha de pechar con la prueba de su veracidad, la cual no ha de coincidir siempre y necesariamente con la realidad de los hechos, en el presente caso, aparece acreditada la veracidad de la información en la que no se contienen juicios de valor de los hechos informados ni se califican como delictivos». (STS de 5 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En la revista *Época* se publicó un reportaje que versaba sobre los negocios inmobiliarios del alcalde de La Coruña. En uno de sus apartados se refería la venta de concesiones de varios aparcamientos subterráneos a un importante hotelero asturiano al que se vinculaba con conocidos narcotraficantes y con operaciones de blanqueo de dinero procedente del tráfico ilegal de drogas. Interpone el aludido demanda de protección civil al honor contra la empresa editora del semanario, su director y el autor del reportaje. El Juzgado la desestima. Desestima también la Audiencia el recurso de apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

5. Interpretación del requisito de «persistencia» en los supuestos de incapacitación del artículo 200 CC.—«El artículo 200 CC contempla como supuestos de incapacitación los determinados por enfermedades psíquicas o mentales, las psicofísicas y las deficiencias o alteraciones de carácter físico, siempre que sean constantes que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, como pretenden los recurrentes, lo que aleja toda alteración transitoria y que, en todo caso, como presupuesto *sine qua non*, impida al sujeto gobernarse por sí mismo en el aspecto personal como en el patrimonial».

Prueba pericial: valoración y supuestos de impugnación.—«Las pruebas periciales, según el artículo 632 LEC y constante doctrina jurisprudencial (SS de 20 de febrero de 1991 y 28 de febrero de 1992, entre otras), son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas (SS de 31 de marzo de 1967 y 10 de febrero de 1994). El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, lo que no hacen los recurrentes (SS de 1 de octubre de 1990 y 15 de julio de 1991). En esta línea de razonamiento cabe ser impugnadas cuando las conclusiones valorativas a que llega el Tribunal de instancia contradicen abiertamente la racionalidad, conculcando las más elementales directrices de la lógica (SS de 25 de noviembre de 1991, 10 de julio de 1992, 10 de marzo y 7 de noviembre de 1994, 3 de abril de 1995 y 17 de mayo de 1995), o no guardan la debida coherencia (S de 28 de marzo de 1993), o se presentan contradictorias las conclusiones obtenidas (S de 11 de octubre de 1994)».

Audiencia de los parientes próximos del presunto incapaz: eficacia. Parientes respecto de los que procede dicho trámite.—«En cuanto a la alusión, más que argumentación, de haberse prescindido de la audiencia de los parientes

más próximos, esta Sala ha declarado la necesidad de llevar a cabo tal actuación procesal, aunque hay que decir que el resultado de la audiencia no produce vinculación para el Juez y así la sentencia de 20 de marzo de 1991, declaró que la materia objeto del debate afecta al orden público, pudiendo ser examinada de oficio, al contener el artículo 208 una norma imperativa de trascendencia constitucional. Las SS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, aprecian el quebrantamiento formal en que incurrió la Audiencia, al haber declarado situación de incapacidad, sin haber oído a los parientes más próximos, y al no haber practicado el examen judicial del presunto incapaz.

En el caso de autos si bien no se produjo audiencia directa de los parientes más próximos de la incapaz, es decir los hijos y el esposo, sin embargo se cumplió la norma, toda vez que fueron las partes litigantes todos ellos, pues dos de los hijos son los promoventes del delito y con ello afirmaron su convicción, tanto por su relación directa con la madre, como por el dictamen que aportaron y otras circunstancias, aparte de darse imperativos intereses materiales; por lo que estos parientes, obviamente han de ser excluidos de la audiencia. En cuanto a la otra hija, así como el esposo, figuran como demandados y si bien se les declaró rebeldes, tuvieron las oportunidades procesales para hacer las alegaciones que hubieran tenido por conveniente.

En reciente sentencia de fecha 30 de diciembre de 1995 esta Sala de casación civil vino a decretar respecto a esta cuestión, que no procede la audiencia respecto a los parientes que actúan como demandantes, así como los que intervienen en el proceso en situación de litigantes demandados, aunque en aquel caso se personaron y contestaron y en el presente permanecieron en rebeldía por su voluntad, pero con todas las posibilidades de hacerlo, lo que haría inútil e incluso no posible su audiencia». (STS de 19 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos solicitan se dicte sentencia declarando que su madre está incapacitada para regir su persona y bienes desde los ocho años anteriores a la fecha de celebración por ésta de la compraventa de una finca urbana y que como consecuencia de lo anterior este contrato y los actos y contratos que de él traen causa son nulos. Son demandados los compradores de la finca y codemandados, junto con la madre, el padre y una hermana de los actores. El Juzgado declara la incapacidad solicitada desde la fecha de firmeza de la sentencia desestimando, en consecuencia, el resto de las pretensiones. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

6. Principio de buena fe: la imposibilidad de ir contra los propios actos abarca todo el ordenamiento jurídico y limita el ejercicio de los derechos subjetivos.—El ejercicio intempestivo de una sanción, y el quebranto del principio de proporcionalidad supone ejercicio antisocial del derecho.

Actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, también quien ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo y quien realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación, todo lo cual vulnera las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, por lo que existe la posibilidad de impugnar el acto anti-jurídico.

Analogía.—Difícilmente se pueden aplicar a las relaciones puramente civiles (derecho de asociaciones) las normas del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal, pues éstos son manifestaciones de orden punitivo del Estado.

El ordenamiento jurídico, aunque no esté formado por compartimentos estancos, sí lo está por varios sistemas con características peculiares que impiden que se puedan reconducir de forma absoluta un eje directivo central.

No existe identidad de razón entre la prescripción de las infracciones en las que puedan incurrir los miembros de una asociación privada, en las que los asociados se dan una norma estatutaria, o se adhieren a ella de modo voluntario, y la prescripción de las faltas tipificadas en el Código penal.

No cabe estimar el recurso de casación cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta. (STS de 2 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. S. y don V. S. S. socios y miembros de la Comisión Revisora de cuentas del Círculo Mercantil de Palma, son expulsados por la Junta Directiva por entender que habían incumplido la obligación estatutaria de facilitar el informe contable correspondiente al ejercicio de 1997. Los actores solicitan ante el Juez de primera instancia la reintegración en la calidad de socios de dicha entidad. Se desestima la demanda en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas revoca la sentencia, y declara nulo el acuerdo de expulsión, obligando a la entidad a reintegrar a los demandantes en su calidad de socios. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia. (I. G.F.-D.)

7. Persona jurídica: realidad económica, teoría de la ruptura del velo.—El Tribunal establece la imputación al «acervo económico patrimonial» del actor, empresario individual, de las letras libradas por él como representante de la entidad mercantil. Esta entidad mercantil es continuadora del actor empresario individual en las actividades comerciales, por lo que, al parecer del Tribunal, hay «identidad del mismo núcleo empresarial». Esto sería suficiente según el Tribunal para la imputación, pues al mismo resultado se llegaría utilizando la doctrina jurisprudencial acerca de la penetración en la realidad económica de la personalidad jurídica en pos de aflorar *ad extra* la verdad material subyacente cuando la misma se encubre con el formalismo de la ficción de la apariencia societaria o utilizando la teoría de la ruptura del velo.

Reconvención y excepción.—Se plantea la cuestión de si, frente a una reclamación de cantidad, la compensación de un crédito por obras se ha de hacer valer en vía reconvencional o en vía de excepción. El Tribunal considera la alegación del crédito compesable como un argumento de la defensa de igual naturaleza que los alegados por la parte actora, aceptando la vía de la excepción. (STS de 8 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. B. P. V. en su nombre y como empresario individual y como representante de entidad mercantil, mantuvo unas relaciones comerciales con los demandados, discutiéndose, fundamentalmente, el carácter de favor de unas letras de cambio o si existen reales descubiertos. El actor interpone una demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado, que la estima en parte, siendo tal decisión recurrida por ambas partes. La Audiencia estima el recurso del actor. El

TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados. (P. A. N.)

8. Admisión jurisprudencial de la validez de las supracomunidades, comunidades plenas o urbanizaciones.—Se admite la coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas con fines administrativos, la de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización. Las urbanizaciones se rigen por sus estatutos, y supletoriamente por la LPH aplicada analógicamente y, si se crea una asociación con este fin, conforme a la ley de Asociaciones de 1964. Las asociaciones gozan de personalidad jurídica, al contrario que las comunidades de propietarios, sean de un edificio o de una urbanización. Sus normas estatutarias han de interpretarse conforme al criterio teleológico. Los asociados tienen el derecho, a efectos formales, de separarse de tales asociaciones, de acuerdo con la doctrina del TC, pero deben continuar colaborando en el sostenimiento de las cargas económicas derivadas de los bienes comunes.

Negocio fiduciario.—Existe una titularidad común transitoriamente, que coexiste con una titularidad formal o instrumental mediante el mecanismo del negocio fiduciario, negocio causal integrado por dos actos independientes pero con una única finalidad. Un acto de naturaleza real transmite el dominio, y otro obligacional que constriñe a la devolución de la cosa cuando se da la circunstancia prevista por las partes.

La eficacia real de la transmisión opera eficazmente frente a terceros, pero no *inter partes*, ya que el derecho de propiedad no integra el patrimonio del fiduciario. Si éste pretende la adjudicación definitiva obra de mala fe. Su título es inscribible en el registro, pero esto no altera su carácter instrumental ni los pactos *inter partes*, no pudiendo alegarse por el fiduciario la condición de tercero hipotecario. (STS de 5 de julio de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Catorce cooperativas de Vitoria constituyen la Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial *Miguel de Unamuno* de Txagorritxo para gestionar los garajes y sistemas de calefacción comunes a todas las viviendas. El problema se plantea porque hay más viviendas que plazas de garaje, y algunos cooperativistas interpretan que a ellos les corresponden de manera definitiva aquellas que han venido usando provisionalmente.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la Asociación. Apelada la sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria estima el recurso de la Asociación de Propietarios. Algunos cooperativistas interponen recurso de casación, y el TS declara haber lugar a éste en el único sentido de la posibilidad de darse de baja formalmente de la Asociación. (I. G. F-D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Inexistencia de solidaridad. Existencia de un solo deudor.—En virtud del artículo 1137 CC, la solidaridad no se presume en nuestro derecho. Aunque la jurisprudencia de la Sala haya dulcificado, en determinados casos, el rigorismo del artículo 1137, en cuanto a la exigencia de que se «expresen» el carácter solida-

rio, ello no quiere decir que la demandante *Sociedad Anónima de Trabajos y Obras (SATO)* pueda establecer la conexión a su libre arbitrio entre quién se obligó directamente al pago, *Isolux S. A.*, y el Director Gerente de la Unión Temporal de las Empresas. No debe olvidarse que, en el caso que nos ocupa, *Isolux, S. A.*, asumía de forma directa y exclusiva, en virtud de contrato privado, el resultado económico del contrato, obligándose a abonar íntegramente y en todo caso a *SATO* el importe total de los trabajos que dicha empresa realizase durante la ejecución de las obras objeto del contrato, todo ello con independencia de los contratos que hubieran de suscribir y las responsabilidades frente a la Administración y terceros que resultasen de los mismos. Así, teniendo en cuenta, además de lo dicho, que: (a) la acción por incumplimiento se basa en el contrato privado y no en la escritura pública de la Unión Temporal de Empresas; (b) que no se puede condenar al pago de daños no acreditados en el pleito, y (c) que el pago de los únicos daños que han resultado probados corresponde, en base al referido contrato privado, a *Isolux, S. A.* no parece acreditada la existencia de otro deudor con conexión en la responsabilidad y consiguientemente, con un solo deudor, no puede hablarse de solidaridad.

Excepción de arbitraje (art. 533.8.ª LEC). Sumisión tácita.—El primer motivo del recurso denuncia el no haberse acogido la «excepción de arbitraje, a tenor de lo dispuesto en el artículo 533.8.ª LEC», ya que el artículo 14 de los Estatutos de la Unión Temporal de Empresas contenía una cláusula de arbitraje en virtud de la cual «toda divergencia que surgiera entre las empresas partícipes de la Unión... será resuelta por las partes, mediante arbitraje de equidad,... con exclusión de recurrir a los Tribunales». La Sala desestima este motivo por entender que, habiéndose alegado una cuestión «previa» y pretendidas «faltas de legitimación» antes de aludirse a la excepción de arbitraje, y habiéndose contestado a la demanda en el mismo escrito, se ha producido un supuesto de sumisión tácita, previsto en el artículo 11, párrafo 2.º, de la propia Ley sobre Arbitraje (Ley 36/88, de 5 de diciembre), según el cual se entenderá que hay renuncia de las partes al arbitraje pactado cuando, interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Prueba y cuantificación de los daños.—Es doctrina reiterada de la Sala que no se puede condenar al pago de daños no acreditados en el pleito; que los daños han de ser probados en cuanto a su existencia en el pleito, pudiendo quedar sólo para ejecución de Sentencia la determinación de su cuantía; que no se ajusta a derecho la condena abstracta al abono de «daños y perjuicios que se hayan causado y que se puedan determinar en ejecución de sentencia», pues ello lleva a una inadmisibile condena condicional. (STS de 1 de marzo de 1996; ha lugar.) (A. C. O.)

10. Simulación relativa: vicios de la causa.—Cita la sentencia dos conceptos de simulación contractual, uno vinculado a la causa y otro como vicio de la declaración de voluntad, considerándolos equivalentes. Sin embargo, acoge aquí en el resto de la sentencia. Al estudiar la causa de los contratos de compraventa celebrados por los demandados, causa que entiende como fin perseguido, llega a la conclusión de que no se da la causa de la compraventa (que es el precio para el vendedor), sino que la causa sería, por una parte, pagar un crédito que se debía, y por otra, recibir unas fincas en contraprestación. Se habría, por lo tanto, celebrado bajo la forma simulada de un contrato de compraventa una dación en pago, siendo irrelevante la analogía entre ambas figuras. Al tratarse de un supuesto de simulación relativa, el Tribunal examina si en el contrato disimulado, en este

caso la dación en pago, concurren los requisitos necesarios para su validez, faltando la determinación del crédito, declarando el Tribunal la nulidad de los contratos.

Dación en pago: certitud del crédito a extinguir.—Se entienden aplicables por analogía las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago. Al exigir el artículo 1445 CC un precio cierto, se entiende, que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, ha de ser cierto, esto es, determinado o determinable en el nuevo contrato, sin necesidad de nuevo convenio. (STS de 8 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores pretenden la declaración de nulidad de unos contratos de compraventa celebrados entre su causante y los demandados. Estos contratos se celebraron para pagar una deuda del causante, y recibir unas fincas en contraprestación de los demandados. El Juzgado de Instancia estimó la demanda, siendo su decisión objeto de recurso ante la Audiencia Provincial que estimó este último. Los actores acuden en casación ante el TS que estima el recurso. (P. A. N.)

11. Indemnización por daños y perjuicios. Lucro cesante.—El artículo 1106 CC contempla la indemnización de las ganancias que se hayan dejado de obtener (el llamado «lucro cesante»), en cuanto actúan como frustración de un aumento del patrimonio de quien resulta perjudicado, teniendo aplicación general. No obstante la jurisprudencia civil se ha mostrado restrictiva en esta cuestión, excluyendo las ganancias futuribles, que son simples expectativas no consolidadas por presentarse dudosas, de resultado inseguro por estar desprovistas de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables. En todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico (presencia de efectiva reducción en el volumen de la facturación de las mercaderías que comercializaba). En el presente caso, no aparece acreditada la relación de causalidad entre los daños causados por las inundaciones (reparados con celeridad) y las ganancias no obtenidas a consecuencia de la reducción de las ventas. En ningún caso se probó que la reducción de las ventas fuese efecto directo e inmediato imputable a los daños que afectaron al local por derrame de agua de las tuberías que lo atravesaban, debiéndose relacionar con otras causas completamente distintas y sobre todo con las oscilaciones muy acusadas en el mercado de la informática.

Revisión casacional de la valoración de la prueba.—No procede, en este caso, la crítica casacional del proceso de apreciación y valoración por el Tribunal de Instancia de las pruebas obrantes, pues la base fáctica tiene consideración de firme y su ataque casacional, según reiterada jurisprudencia, sólo es posible cuando el resultado alcanzado infrinja algún concreto precepto valorativo de la prueba. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Computer Center Dos, S. A.*, en su condición de arrendataria del local comercial integrado en el edificio situado en el número 18 de la calle General Díaz Porlier, de Madrid, interpuso reclamación contra la Comunidad de Propietarios, por importe de 11.392.000 pesetas, como ganancias dejadas de obtener (lucro cesan-

te), concretadas en la disminución de la facturación por la explotación del negocio de venta y distribución de ordenadores que llevaba a cabo en las dependencias alquiladas. Dicha pretensión se basó en que los locales habían sido dañados en tres ocasiones -meses de agosto y diciembre de 1988 y marzo de 1989- como consecuencia de filtraciones de agua producidas por la rotura de las tuberías que discurrían por el techo del establecimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra la sentencia dictada en grado de apelación se interpone recurso de casación que resuelve el TS declarando no haber lugar al recurso. (A. C. O.)

12. Resolución por incumplimiento. Prueba de presunciones.—Cuando la Sala de instancia deduce de los hechos demostrados la falta de incumplimiento de los compradores no se aprecia el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» exigido en el artículo 1253 CC. Ni los pagos realizados anteriormente por los compradores alcanzan a desvirtuar el impago de la letra de cambio, ni la crisis matrimonial y trámite de separación de los cónyuges compradores elimina la obvia situación de incumplimiento.

Frustración del fin del contrato.—A los efectos de la resolución del contrato, no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar la situación de incumplimiento. Basta que pueda atribuírsele una actitud, que no deja de ser voluntaria y no saneada por una justa causa que la origine y la pueda amparar, obstativa a la finalidad del negocio en los términos en que se pactó, frustrando el fin específico perseguido en el mismo por la contratante.

Pago posterior al requerimiento notarial.—Los pagos intentados con posterioridad a los requerimientos notariales no son aceptables dado que realizado el requerimiento previsto en el artículo 1504 CC, obsta al pago posterior ya que su finalidad es precisamente resolutoria (S de 16 de marzo de 1995, entre otras). (STS de 7 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Inmobiliaria Uyusa, S. A.* vendió una vivienda a los cónyuges don Juan M. y doña Rosario M. mediante contrato celebrado el día 14 de marzo de 1988. Una vez impagada una cambial vencida el día 30 de septiembre del mismo año, la sociedad vendedora se puso en contacto con don Juan M., quien le dijo que estaba tramitando su separación conyugal y que no tenía inconveniente en pagar, pero a condición de que se otorgase la escritura de compraventa únicamente a su favor o a favor de tercera persona que él mismo designase, distinto, claro está, de su esposa. Ante estas circunstancias la sociedad inmobiliaria formula demanda solicitando al Juzgado de Primera Instancia que declare resuelto el contrato de compraventa. Estimada la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia revoca la sentencia de instancia. El TS casa la sentencia de apelación. (J. M. B. S.)

13. Resolución. Buena fe contractual.—La buena fe contractual, entendiéndose este concepto en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimar-

se comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento (S de 9 de octubre de 1993). Por este motivo, cuando las partes de un contrato de compraventa acuerdan hacer efectiva la cantidad de 8.750.000 pesetas al cerramiento de la obra de albañilería, entra dentro de las obligaciones que para el vendedor se derivan del contrato, de acuerdo con el artículo 1258 CC, el de comunicar al comprador el momento en que se ha producido tal cierre del edificio, ya que sería de todo punto ilógico imponer al comprador de una vivienda de un edificio en construcción un seguimiento de la obra, siendo así que quienes se hallan facultados para determinar cuándo se han ejecutado las diversas fases de aquélla son los técnicos directores de la obra y, por ende, el constructor o propietario de la misma.

Ejercicio extrajudicial.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la facultad resolutoria puede ejercitarse en el ordenamiento español no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva —claro está— que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada (S de 30 de marzo de 1992). En el presente caso, rechazada expresamente por el comprador la declaración resolutoria unilateral de la sociedad vendedora, tal voluntad resolutoria requería para su eficacia una resolución judicial que declarase su procedencia por concurrir en ella los requisitos del artículo 1504 CC.

Resolución por incumplimiento: no cabe su alegación como excepción.—Dado el principio de rogación de parte que rige en el proceso civil, la declaración judicial resolutoria sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción, ejercicio que en este caso no se ha producido pues, como dice la sentencia de primera instancia y acepta la de apelación, la pretensión de la demandada de validez de la resolución del contrato no se ha solicitado formulando reconvencción en la forma debida; a diferencia de la nulidad contractual, la resolución ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente. Por eso, ante la falta de ejercicio de la acción resolutoria por la vendedora, el órgano jurisdiccional no puede hacer pronunciamiento alguno sobre la procedencia o no de la resolución, cualquiera que sea el resultado probatorio acerca de la concurrencia o no de los requisitos exigidos por los artículos 1124 y 1504 CC. (STS de 17 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la declaración extrajudicial de la sociedad vendedora de dar por resuelto por incumplimiento del pago del precio el contrato de compraventa de una vivienda en construcción celebrado el día 2 de junio de 1987, el comprador don Jesús A. A. niega dicho incumplimiento e interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, que declara válido, eficaz y subsistente dicho contrato. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid la confirma íntegramente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la sociedad vendedora.

NOTA.—Aunque sea posterior al caso de esta sentencia, el artículo 5.5.º del Real Decreto sobre Protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de inmuebles (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril), estable-

ce que «en caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación». (J. M. B. S.)

14. Resolución de venta de inmueble por falta de pago del precio: carácter complementario de los artículos 1124 y 1504 CC.—Según doctrina constante y reiterada de esta Sala, los artículos 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan: la regla que, con carácter general, para toda clase de obligaciones contiene el primero, se aplica de modo específico al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles. Esto hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 se consideran indispensables. Aunque el problema de cumplimiento o incumplimiento del contrato es de orden fáctico y su apreciación incumbe a la Sala de instancia, cierto es que los hechos ponen de relieve, indudablemente, no ya una simple demora en el cumplimiento de la obligación de pago del precio, sino un retraso que, en atención a su repetición y situación prolongada en el tiempo, llevó consigo la frustración económica del contrato para el vendedor y de sus legítimas aspiraciones, traduciéndose, en definitiva, en una auténtica y efectiva voluntad incumplidora de los compradores (SS de 16 de mayo, de 7 de junio, de 2 y de 16 de julio de 1991, de 2 y de 16 de junio de 1992, entre otras).

Alcance de la equidad como límite de la facultad resolutoria.—No es posible proyectar sobre el caso de autos la remisión a la equidad para neutralizar la resolución contractual, en primer lugar, porque la equidad, acogida en el artículo 3.2.º CC, requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva, y, en segundo término, y esto es lo más importante, porque los hechos que contempló el Tribunal *a quo* denotaron un propósito claro y notorio de incumplimiento, lo que impide, a su vez, que la resolución instada por la parte vendedora pueda merecer cualquier género de repulsa a tenor de las prescripciones contenidas en los artículos 7.1.º y 1258 del repetido texto. (STS de 8 de febrero de 1995; no ha lugar.) (J. M. B. S.)

15. Exceptio non adimpleti contractus. Requisitos.—Tiene declarado esta Sala que aunque el CC (art. 1588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin (S de 27 de enero de 1992). Sin embargo, todas estas medidas favorables al comitente no siempre resultan aplicables: si el éxito de la excepción del contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegado cuando lo realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las

exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (S de 13 de mayo de 1985, entre otras). Además, también se debe rechazar la pretensión de detener el pago de lo debido como consecuencia de la obra llevada a cabo por la constructora si, una vez que por ésta se hizo entrega del inmueble, la obra no aparece como impropia para satisfacer el interés del comitente, ni acusa defecto que permitan concluir en la existencia de un *aliud pro alio* sino sólo imperfecciones constructivas (S de 30 de enero de 1990). En el presente caso, el TS condena a la empresa comitente al pago del importe todavía adeudado de la obra sin perjuicio de su derecho a la reparación de los desperfectos apreciados que, en modo alguno, pueden considerarse de entidad suficiente para impedir la finalidad pretendida ni para entender que se ha producido una entrega distinta de la cosa pactada (*aliud pro alio*) justificadora del impago del precio.

Mora en la entrega de la obra.—No procede indemnizar por el retraso en la entrega de la obra cuando la sentencia de instancia establece que es cierto y resulta probado que existen ampliaciones y modificaciones de obras, las cuales pueden justificar un cierto retraso de las mismas.

Indemnización por daños y perjuicios. Lucro cesante.—El lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. La jurisprudencia española se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas (S de 22 de junio de 1967). (STS de 8 de junio de 1996; no ha lugar.) (J. M. B. S.)

16. Preferencia entre créditos sin privilegio especial. Artículo 1924.3.º CC.—La interpretación jurisprudencial del artículo 1924.3.º CC ha llegado a constituir doctrina constante y pacífica de gran interés para su plena comprensión. Dicha doctrina afirma tajantemente que la preferencia de los créditos que constan en escritura pública o sentencia, se basa en la indubitada autenticidad que los mismos tienen, lo que les da un carácter definitivamente ejecutivo, ya que en los primeros interviene un fedatario público (notario o corredor de comercio), y los segundos son el resultado definitivo de un procedimiento judicial, lo que significa que ambos instrumentos concatenan la realidad plasmada en un documento público y la veracidad jurídica (SS de 16 de octubre de 1956, 3 de noviembre de 1971 y 19 de noviembre de 1982, entre otras). Tomando como punto de partida esta afirmación la doctrina jurisprudencial ha formulado una serie de asertos, entre los que cabe destacar, por su aplicabilidad al caso que nos ocupa, los siguientes: (a) que a efectos de preferencia entre créditos sin privilegio especial, es posible la comparación de las fechas de las escrituras públicas y de las sentencias; (b) que en los créditos documentados mediante «póliza», no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de la fijación del saldo exigible; fijación que sólo podrá producirse cuando el saldo sea exigible por haber vencido (sólo ante ese vencimiento e impago deviene la tutela legal y judicial correspondiente); (c) que no se debe dar

preferencia al crédito que conste en escritura y que ha ido a la ejecución, con base exclusiva en la fecha de las sentencias cuando los acreedores han embargado, por ello, un mismo bien del deudor (SS de 24 de enero de 1979 y 21 de septiembre de 1984). En relación con todo lo dicho, hay que estar de acuerdo con la sentencia recurrida cuando proclama «la preferencia de la emblemática de la parte recurrida: la póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio y liquidada con arreglo a pacto el 21 de diciembre de 1984, a la de la hoy recurrente: la sentencia firme de remate de 28 de diciembre de 1984. La escasa cantidad de días, sirve para marcar, en este caso, la diferencia».

Póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio. Escritura pública.—Es doctrina reiterada que no cabe dudar del carácter de escritura pública que tienen las pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio. En los créditos documentados mediante «póliza», no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de la fijación fehaciente del saldo exigible, «para lo que no basta con su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente» (S de 4 de junio de 1989).

Protesto de letras de cambio. No es escritura pública.—Manifiesta la Sala que las actas notariales de protesto de letras de cambio, no se las puede considerar como escritura pública, porque en las mismas no se recoge la voluntad concorde de las partes para crear una obligación o al menos el reconocimiento de la misma por el deudor (SS de 23 de enero de 1942, 16 de abril de 1955, 24 de enero de 1979 y 21 de septiembre de 1984). (STS de 6 de junio de 1996; no ha lugar.) (A. C. O.)

17. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo de dichas cláusulas en los contratos de adhesión. Directiva comunitaria núm. 93/13, de 5 de abril de 1993.—La Sala manifiesta que hasta la publicación de la directiva comunitaria 13/1993, de 5 de abril, los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque ésta supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. No obstante, continúa la Sala, el panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la referida Directiva, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. En el artículo 3.º de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba». El Anexo de dicha Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se hace referencia a aquellas que puedan suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándose indebidamente los medios de prueba a su disposición [...]. Concluye la Sala afirmando que la transcripción de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones,

debiéndose únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de adhesión, ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad mercantil, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la Capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su Asesoría Jurídica. (STS de 12 de julio de 1996.)

HECHOS.—La entidad *Zardoya Otis, S. A.*, interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de los de Madrid, demanda de Juicio de Cognición contra la Comunidad de Propietarios de la calle Doctor Bergez, 76, de la ciudad de Alicante, solicitando la condena al pago de 279.085 pesetas por los servicios de mantenimiento de ascensor prestados. La competencia de los Tribunales de Madrid se fundamentaba en la cláusula de sumisión expresa que figuraba en el párrafo final del contrato de adhesión, firmado por las partes en Alicante con fecha de 13 de febrero de 1987. Admitida la demanda y emplazada la demandada, fue declarada en rebeldía al haber transcurrido el término sin que compareciera en los autos. No obstante, la representación de la Comunidad de Propietarios presentó escrito en el Registro General del Decanato de Alicante, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, respecto al Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid para conocer de dichos autos de cognición, que fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal, dictándose Auto por el Juzgado núm. 9 de los de Alicante, en fecha 7 de julio de 1995, por el que se acordaba requerir de inhibición al Juzgado de igual clase núm. 61 de los de Madrid. Por Auto de 16 de noviembre de 1995, el Juez de Primera Instancia núm. 61 de Madrid, dictó Auto por el que decidió no acceder a la inhibición requerida por el Juez de Alicante. Al insistir ambos Juzgados en su respectiva competencia, se remiten los autos al TS para que resuelva la cuestión de competencia. El TS declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Alicante, al considerar que la cláusula de sumisión debatida debe considerarse entre las que carecen de vigor por ser abusivas.

NOTA.—No deja de sorprender la parquedad de los argumentos empleados por el TS para resolver la cuestión aquí planteada, pues prácticamente se limita a reproducir el artículo 3.1 de la Directiva comunitaria 13/1993, de 5 de abril. Se hecha en falta, sobre todo, alguna referencia a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU de 9 de julio de 1984), pues si bien es cierto que dicha ley no se pronuncia expresamente sobre tan importante cuestión [en concreto, las cláusulas de sumisión competencial no se hayan entre las expresamente relacionadas como abusivas en el artículo 10.1.c)], no es menos cierto que buena parte de la doctrina científica considera dichas cláusulas como incardinables en el referido artículo (su enumeración no es *clausus* sino ejemplificativa), y por tanto calificables de abusivas, siempre que se hallen recogidas en un contrato de adhesión. Dicha cláusula produce un desequilibrio claro en perjuicio del consumidor (adherente), que se ve obligado a litigar fuera de su domicilio, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal,

proposición y práctica de la prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficioso para la entidad predisponente que podrá centralizar todos los litigios posibles relacionados con su actividad comercial en el lugar que le resulte más cómodo. Todo ello, unido al hecho que en la mayoría de los casos las reclamaciones del consumidor no serán de una cuantía muy elevada, hace que dichas cláusulas tengan un cierto efecto disuasorio sobre éste. (Sobre estas cuestiones véase el comentario de Silvia Díaz Alabart al artículo 10 LGDCU en: Rodrigo Berco-vitz y Javier Salas (Coord.), *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Cívitas, 1992, pp. 268-271). Es por todo ello que, si bien compartimos la solución a la que llega nuestro Alto Tribunal en esta sentencia, no podemos suscribir, sin las matizaciones que hemos comentado, algunas de las afirmaciones recogidas en ella, y en especial la que afirma que con anterioridad a la referida directiva los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar abusivas dichas cláusulas. Por último debemos añadir que, ciertamente, la Directiva 93/13 elimina cualquier tipo de dudas sobre el carácter abusivo de estas cláusulas de sumisión competencial insertas en contratos de adhesión; y es de esperar que ponga fin a la zigzagueante jurisprudencia que ha recaído hasta hoy, marcando el inicio de una doctrina unánime sobre la materia. Al respecto, véase el comentario de esta sentencia, a cargo de José Domingo Valls Lloret, en CCJC 43/1997, núm. 1154, pp. 85-90. (A. C. O.)

18. Contrato de compraventa. Perfección.—Se trata de un contrato de compraventa perfeccionado y no de un contrato de opción «preparatorio de una compraventa». Ello es así, en primer lugar, atendiendo a la intención común de las partes, que sobre todo se manifiesta en la estipulación segunda del contrato, según la cual «como parte del precio, y en concepto de arras o señal, la vendedora declara recibir a la firma del presente documento, sirviendo el mismo de recibo, la cantidad de un millón (1.000.000) de pesetas»; en segundo lugar, porque la propia conceptualización por parte de la recurrente de que dicha estipulación configura unas arras penitenciales conforme al artículo 1454 CC presupone la celebración de la compraventa, pues carecería de sentido en el marco del derecho de opción; por último, el aplazamiento del pago del resto del precio en nada contradice la existencia de la compraventa, ya que se trata de un pacto perfectamente incardinable en la misma.

Arras: penitenciales y confirmatorias.—Hay una doctrina jurisprudencial expresiva de que el artículo 1454 CC, que no constituye una norma de derecho necesario (SS de 3 de octubre de 1992 y de 5 de julio de 1994), por su carácter excepcional exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales sobre arras (SS de 17 de febrero de 1982, 10 de octubre de 1983 y 25 de marzo de 1995), de modo que, si no resulta de lo pactado la voluntad indubitada de las partes sobre la consideración de las arras como penitenciales, ha de entenderse «que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio». En el caso que nos ocupa, es del todo evidente que la cantidad entregada por los compradores lo fue «como parte del precio», incluso con la previsión de cuando se haría efectivo «el resto hasta el total del precio», sin que la referencia que también se hace a la entrega «en concepto de arras o señal» permita una conclusión contraria, toda vez que el concepto de arras admite varias clases de las mismas y no sólo las penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1454 CC, sino tam-

bién las confirmatorias que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante y que no facultan, por tanto, para resolver las obligaciones contraídas y que normalmente se corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio (SS de 7 de julio de 1978 y 10 de marzo de 1986). En definitiva, no cabe entender que el empleo de la palabra «señal» exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, sino que puede ser estimada como anticipo del precio (SS de 5 de junio de 1945 y 15 de octubre de 1956), tanto más cuando, como aquí sucede, así se manifiesta literalmente en la referida estipulación segunda del contrato. Por otro lado, no resulta aplicable al caso planteado aquella línea jurisprudencial conforme a la cual las arras se considerarán penitenciales si del supuesto sólo se deduce interpretativamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras sin especificar sus consecuencias. (STS de 20 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Es frecuente que en el contrato de compraventa de inmuebles se haga entrega de una cantidad de dinero por parte del comprador sin que quede claro el concepto en el que se realiza. Dicha ambigüedad permite que posteriormente la parte vendedora, por cualquier causa (p. ej. porque encuentra a otra persona que le ofrece más dinero por la cosa vendida), pretenda calificar dicha cantidad como arras de desistimiento y, así, dar por extinguido el contrato entregando el doble de lo recibido (cfr. art. 1454 CC). Si entonces la parte compradora se opone al desistimiento del vendedor se crea un conflicto de difícil solución. Aunque está claro que se debe atender en primer lugar a la voluntad de las partes, lo cierto es que la jurisprudencia se encuentra dividida cuando dicha voluntad no resulta suficientemente explícita sino que de la misma sólo se deduce que se han querido las cantidades entregadas como arras (p. ej. cuando se pacta la entrega «como parte del precio, y en concepto de arras o señal»). Algunas veces el TS declara que las arras de desistimiento no se pueden presumir sino que se deben interpretar restrictivamente, sea por el carácter no imperativo del artículo 1454 CC, o debido a que resultan algo excepcionales, sobre todo atendiendo al principio del *favor contractus* (SSTS de 25 de marzo, de 22 de abril y de 30 de diciembre de 1995, de 10 de febrero de 1997, entre muchas otras). Por el contrario, en otras ocasiones el TS entiende que, si las reglas de interpretación del contrato resultan insuficientes para determinar el tipo de arras de que se trata, el artículo 1454 CC, de carácter dispositivo, las presume de desistimiento (SSTS de 16 de marzo de 1992, de 19 de mayo de 1994, entre otras). Por lo que se refiere a este segundo criterio jurisprudencial y, en particular, dando su opinión crítica acerca de la sentencia de 20 de febrero de 1996, véase Manuel Albaladejo García, «De nuevo sobre las arras», *RDP*, diciembre 1996, pp. 877-885. (J. M. B. S.)

19. Contrato de compraventa. Precio del retracto.—En los casos dudosos y en los más estridentes relativos a la determinación del precio en el retracto, o cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razón de justicia al precio real, que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar (S de 4 de julio de 1988, con cita de la de 12 de junio de 1984); en los casos en que manifiestamente aparece disfrazado el valor real, ha de estarse a éste por razones de justicia, de modo

que si bien en principio el precio que ha de tomarse para dar lugar a la subrogación que el retracto entraña es el que figura en el contrato causal, ello no elimina la procedencia de admitir prueba tendente a demostrar que la cantidad figurada en escritura es ficticia y muy otra la realmente pagada, debiendo operarse en tal caso con la realidad resultante (S de 20 de septiembre de 1988, con cita de las de 11 de mayo de 1956 y de 12 de junio de 1984); razones de elemental justicia y evitación de un lucro reprobable aduce también la S de 30 de abril de 1991, con cita de las de 16 de mayo de 1956 y de 25 de mayo de 1973, entre otras. (STS de 11 de julio de 1996; no ha lugar.) (A. R. G.)

20. Compraventa con pacto de reserva de dominio.—Frente a la pretensión de la recurrente que considera que el pacto de reserva del dominio sólo atribuye al vendedor un crédito preferente frente a los terceros acreedores del comprador sin que pueda ejercitarse tercería de dominio, el TS declara que reiterada jurisprudencia de la Sala reconoce a favor del vendedor la acción de tercería de dominio para obtener el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes vendidos con sujeción a la Ley de 1965 cuando se haya pactado la reserva de dominio siempre que conste su inscripción en el Registro especial con anterioridad al embargo trabado. Asimismo la sala reitera que los efectos legales que produce el artículo 20 de la Ordenanza rectora de aquel Registro tienen únicamente carácter positivo (presunción de que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado), pero no tiene eficacia en el aspecto negativo. De tal forma que aunque se hubiese cancelado con posterioridad al embargo practicado con relación a los bienes que afectan, si la inscripción hubiera estado vigente al tiempo que dicho embargo se practicó, se mantienen los efectos excluyentes del dominio de tales bienes, en beneficio de quien adquirió con pacto de reserva de dominio, siempre que conste que el comprador no ha satisfecho la totalidad del precio aplazado. (STS de 26 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *MR S. A. B.* formuló demanda sobre tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas que desestimó la demanda. El recurso de apelación fue estimado por la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

21. Congruencia de las sentencias absolutorias o desestimatorias de todos los pedimentos de la demanda.—Reiterada doctrina de la Sala Primera del TS sienta como principio el de que, como norma general, no son incongruentes las sentencias absolutorias o desestimatorias de todos los pedimentos de la demanda (o de la reconvencción, en su caso), salvo cuando dicho pronunciamiento absolutorio se deba a una alteración, por la sentencia, de la *causa petendi* de la demanda (así como en el caso de que el referido pronunciamiento se haya basado en alguna excepción no aducida por la otra parte en el proceso y no apreciable de oficio).

Congruencia de las sentencias. Términos de comparación.—La congruencia de toda sentencia no viene determinada por la adecuación o correspondencia exclusiva de su «fallo» con la literalidad del *petitum* de la demanda; dicha correspondencia o adecuación ha de darse no sólo con éste, sino también con el componente fáctico o relato histórico (*causa petendi*) de la demanda, de manera que la sentencia que, para dictar su «fallo», atiende única y exclusivamente al *petitum*

de la demanda pero prescinde en absoluto de la *causa petendi* de este escrito ha de tacharse necesariamente de incongruente, por dejar imprejuzgada la verdadera acción ejercitada (configurada por el componente fáctico de la misma), al no resolver los puntos litigiosos objeto de debate (art. 359 LEC) y con vulneración del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Al haber dejado imprejuzgadas la sentencia recurrida las cuestiones litigiosas debatidas en el proceso, ha de resolverlas la Sala del TS, pero no actuando ya como Tribunal de casación, sino como juzgador de instancia.

Contrato de *leasing*. Naturaleza.—El llamado contrato de *leasing* o arrendamiento financiero conjuga o satisface, en el orden económico, tres intereses subjetivos distintos: a) el del usuario, en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; b) el del fabricante o proveedor, en dar salida al mercado a sus productos; y c) el de la sociedad de *leasing*, en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero. En el aspecto jurídico, empero, el *leasing* no se configura como un único negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados aunque conexos y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de aquella triple función económica: a) un contrato de compraventa por el que la sociedad de *leasing* adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario, y b) un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de *leasing* cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato. Dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe en todo contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, entre éste y el de compraventa que, con anterioridad o simultáneamente han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora de los bienes de equipo, la resolución del contrato de compraventa ha de comportar la del de arrendamiento financiero

Contrato de *leasing*. Subrogación convencional del usuario en las acciones de la compradora.—La sociedad de *leasing* no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los bienes comprados por aquélla, pero, como contrapartida, subroga (con subrogación convencional expresamente pactada) al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora, cuya subrogación comprende la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o idoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos.

Incumplimiento del contrato de compraventa.—La entrega de equipos informáticos con numerosos defectos o anomalías, que los hacen totalmente inhábiles o inservibles para el fin para el que fueron adquiridos, entraña un claro supuesto de incumplimiento del contrato de compraventa por parte de la vendedora (art. 1124 CC), por entrega de una cosa distinta (*aliud pro alio*), por razón de su referida y total inhabilidad o idoneidad, de la que había sido comprada. (STS de 26 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución del contrato e indemnización de daños contra dos entidades. Pero dicha demanda, en lugar de referirse al contrato de *leasing* expresamente convenido, solicitó la resolución de un contrato de compraventa de equipo informático y del arrendamiento de dicho equipo o, subsidiariamente, la de este último solamente. Las demandadas oponen defecto legal en el modo de

proponer la demanda (art. 533.6 LEC), excepción que triunfa en la instancia. La Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación pero absuelve a los demandados. El TS critica la confusa argumentación de la Audiencia y estima el recurso.

NOTA.—Sobre la subrogación convencional del usuario en el ejercicio de la acción de saneamiento que corresponde al comprador de los bienes de equipo —la sociedad de *leasing*—, puede verse Antonio Cabanillas Sánchez, «El leasing financiero y la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978)», *ADC*, 1980, III, pp. 759-785; del mismo autor, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, I, pp. 41-120; Manuel Jesús Marín López, *CCJC*, 1996, 41, núm. 1116, pp. 741-772. (A. R. G)

22. Prestación de los servicios de bares, cafeterías y restaurantes en las Estaciones de RENFE. Inaplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—El contrato litigioso no es uno normal de arrendamiento de un escueto y simple local de negocio para que el arrendatario pueda ejercer en el mismo, con entera libertad y plena autonomía, una actividad de industria o comercio, sino que, aun cuando tenga el mismo la base física de un local dentro del recinto de la estación férrea, dicho contrato presenta unas connotaciones específicas que le dotan de naturaleza especial y lo excluyen de la normativa de la LAU; dichas connotaciones son: que su celebración ha de ir precedida de un concurso público; que en el desarrollo o cumplimiento del mismo, el arrendatario (prestador del servicio) ha de ajustarse a unas rigurosas condiciones detalladas en el «Pliego de Condiciones Generales que rigen los Contratos de Prestación de los Servicios de Bares, Cafeterías y Restaurantes en las Estaciones de RENFE», que el adjudicatario acepta libre y voluntariamente al celebrar el contrato. Dicho Pliego, en cuanto a la normativa aplicable, se remite, para lo no previsto expresamente en el propio contrato, a «lo dispuesto en el Estatuto de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, en la Ley de Policía de Ferrocarriles y, en último término, en el Código Civil». Este Estatuto, aprobado por Decreto de 23 de julio de 1964, excluye expresamente la sujeción del contrato a la LAU (art. 49). Según la Sentencia de la Sala Primera de 27 de octubre de 1967, dicho contrato no está comprendido en el ámbito de la ley arrendaticia urbana porque en tanto que ley especial no es extensible a casos y situaciones en ella no regulados: «cuando se está en presencia de una convención derivada de una adjudicación por concurso, por tratarse de un contrato de naturaleza especial que hace relación con la mejor prestación del servicio público, con el que está íntimamente ligado, no tiene cabida en la especialidad legal arrendaticia...».

Incongruencia por alteración de la *causa petendi*. Inexistencia.—Si bien el juzgador, al resolver asuntos litigiosos, no puede alterar lícitamente la causa de pedir o soporte fáctico de las cuestiones objeto de debate, a riesgo de incurrir en vicio de incongruencia en caso contrario, dicha alteración no se ha producido en este caso concreto, pues habiendo postulado la actora la declaración de resolución o extinción del contrato litigioso por expiración del plazo de duración del mismo y habiéndose opuesto a ello el demandado, aduciendo que el referido contrato lo es de arrendamiento sometido a la LAU entonces vigente, y por tanto sujeto a prórroga forzosa, la sentencia recurrida ha necesitado realizar la calificación de dicho contrato, cuestión que es estrictamente jurídica y no fáctica.

Objeto de la casación.—El recurso de casación se da contra el «fallo» de la sentencia recurrida y no contra los razonamientos jurídicos de la misma, a no ser que éstos hayan sido los únicos determinantes del expresado «fallo», lo que no ocurre en el presente caso, pues la exclusión del contrato del ámbito de la LAU se basa en la muy especial naturaleza de dicho contrato litigioso.

Incumplimiento del contrato. Imputabilidad.—El incumplimiento de lo pactado en el contrato litigioso es imputable exclusivamente a la voluntaria e injustificada conducta de los demandados, por lo que es procedente la condena a los mismos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1101 CC. (STS de 2 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Para mejor comprensión del razonamiento de la sentencia se recogen algunas de las condiciones contractuales contenidas en el Pliego referido: «3.1 Constituyendo el objeto del contrato la prestación de un servicio auxiliar del ferroviario, en todo momento las actividades del Prestador habrán de supeditarse al preferente interés del servicio principal del transporte... 3.2 El Prestador mantendrá en todo momento las convenientes relaciones con los demás servicios de RENFE. Cualquier desacato a la autoridad ferroviaria de la estación, así como la falta de colaboración y coordinación con los demás servicios en ella instalados, supondrá grave incumplimiento del contrato... 3.7.b) Horario del servicio. Las cafeterías deberán estar en permanente servicio, desde antes del movimiento de llegada o salida del primer tren de viajeros, cada mañana, inclusive los festivos, hasta la salida o llegada del último tren nocturno de viajeros a la estación de referencia...». (A. R. G.)

23. Contrato de arrendamiento urbano. Renuncia al derecho de prórroga forzosa.—La ley prohíbe la renuncia previa del derecho de prórroga forzosa que establece el artículo 57 LAU de 1964; esto es, la renuncia efectuada al tiempo de celebrarse el contrato; pero sí que permite la renuncia subsiguiente, o sea la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante incorporación al patrimonio del arrendatario (SS de 8 de febrero de 1964, de 14 de mayo de 1963 y de 8 de junio de 1968, entre otras). Aunque se aceptara la tesis de la necesidad del disfrute de la prórroga para poder renunciar a ella, posición que no coincide con el sentido de la interpretación jurisprudencial, no se puede tener en cuenta la alegación de la parte recurrente de que dicha renuncia se hizo en pacto aclaratorio y complementario del contrato arrendaticio y tan sólo dieciocho días después de celebrado éste y de que la ocupación del inmueble arrendado no implicó aún disfrute de la prórroga, pues cuando, transcurridos más de seis años desde la renuncia, se pactó la cesión del arrendamiento a la sociedad limitada constituida por los arrendatarios, éstos ratificaron dicha renuncia, tanto en nombre de los primitivos arrendatarios, como de la entidad cesionaria. (STS de 2 de abril de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte recurrente (arrendataria) pretende que la cláusula de renuncia a la prórroga obligatoria legal y compromiso de abandonar el local en una fecha establecida forma parte del contrato pese a haberse pactado dieciocho días después de éste, para que así sea subsumible en la prohibición del artículo 57 LAU de 1964. Empero, los arrendatarios originales, al tiempo de ceder el contrato a la sociedad por ellos constituida, habían ratificado de forma expresa -en su propio

nombre y como administradores de dicha sociedad- la renuncia en sus propios términos. (A. R. G.)

24. Congruencia de las sentencias.—Los contornos definidores de la congruencia de las sentencias aparecen configurados por la jurisprudencia, según la cual la realidad y existencia de aquélla debe apreciarse de acuerdo con el resultado de la actividad probatoria practicada; la congruencia «no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia», por lo cual puede el juzgador «establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada» (*iura novit curia; da mihi factum, ego dabo tibi ius*) siempre que respete «[e]l componente jurídico de la acción y la base jurídica aportada»; el órgano jurisdiccional debe atenerse «a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad» y por ello puede pronunciarse sobre extremos complementarios o que contribuyan a determinar las lógicas consecuencias de los pedimentos de las partes, o examinar aspectos fácticos «implícitos e inseparables de la cuestión planteada»; surge la incongruencia no de los razonamientos que fundamentan el fallo, sino precisamente de éste, en relación con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, ya que el recurso de casación ha de dirigirse contra el fallo, no frente a los razonamientos de la sentencia, salvo cuando éstos sean premisa obligada de aquél, de modo que no vale criticar uno de los razonamientos, máxime cuando la sentencia resuelve todos los puntos planteados (SS de 28 de octubre de 1970 y de 6 de marzo de 1981, entre otras). En el presente caso, no sólo no hay incongruencia sino que la recurrente carecía de interés legítimo para impugnar la sentencia, cuyos pronunciamientos le fueron favorables en su integridad. Además, se afirma por la parte la incongruencia en un extremo que es *obiter dictum* y por tanto absolutamente irrelevante para el fallo.

Excepción de litis consorcio pasivo necesario.—No se vulnera la doctrina que obliga a que sean llamadas y traídas al proceso todas las personas, físicas o jurídicas, que puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal (SS de 7 de febrero de 1981 y de 22 de junio de 1984, entre otras), cuando por haber actuado una persona como administrador de la entidad que es parte recurrente no puede afectarle la sentencia a nivel personal.

Motivos del recurso de casación.—No cabe residenciar en un ordinal comprensivo de infracciones de normas jurídicas o de la jurisprudencia el análisis de los hechos que la parte recurrente estima acreditados, así como los acreditados en las sentencias de instancia y apelación.

Libre apreciación de la prueba. Prueba de presunciones.—El motivo debe decaer cuando irregularmente se relaciona una serie de hechos estimados acreditados, con su correlativa valoración, pretendiendo sustituir la apreciación valorativa del Tribunal *a quo* por la propia y personal de la entidad recurrente, y además se cita un mismo precepto como infringido, a la vez, por inaplicación y por aplicación indebida. El juzgador tiene libertad para optar entre los medios probatorios que la ley autoriza a utilizar, entre ellos la prueba de presunciones (art. 1253 CC), prueba de la que no se hizo uso ni en instancia ni en apelación, por haberse servido de la prueba directa.

Resolución de contrato de arrendamiento urbano por cesión o por subarrendamiento inconstituidos.—Según reiterada doctrina de la Sala Primera del TS, no hay cesión o traspaso inconstituido de arrendamiento, es decir, realizado de modo distinto al autorizado legalmente, cuando una persona se domicilia sólo formalmente en el inmueble arrendado a otra persona, sino que se precisa «una sustitución efectiva del locatario por un tercero, en el uso o goce de la cosa arren-

dada» (S de 19 de febrero de 1958), de modo que constituya su domicilio real. Los supuestos de subarrendamiento o cesión no consentida de locales de negocio son independientes de la ocupación material del inmueble (SS de 8 de junio, de 2 de julio de 1957, de 25 de enero de 1988 y de 10 de diciembre de 1993) de modo que basta para su acontecer «la formación de una sociedad con sede social en los mismos locales arrendados y dedicada a idéntico negocio que el que en ellos ejerce el arrendatario» (SS de 20 de octubre de 1952 y de 28 de febrero de 1986, entre otras). Por ello debidamente se aplicó el artículo 114 II y V LAU de 1964. (STS de 1 de julio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Como es sabido, la nueva Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos («BOE» núm. 282, de 25 de noviembre de 1994) regula la cesión del contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y su subarriendo, en el artículo 32, admitiendo la facultad del arrendatario, cuando se ejerza en la finca una actividad empresarial o profesional, de subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento aun sin el consentimiento del arrendador, pero debiendo notificárselo. Posibilidad inexistente bajo la anterior regulación legal de 1964, que requería autorización expresa y escrita del arrendador (art. 22 LAU 1964) so pena de que éste pudiese resolver el contrato en base a las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114, declarados aplicables al caso de la Sentencia extractada. (A. R. G.)

25. Retracto arrendaticio rústico. Consignación del precio mediante cheques barrados: improcedencia.—El simple depósito de cheques «barrados» en la cuenta de consignaciones del Juzgado y al margen de la disciplina sobre recepción de tales depósitos (RD 21 de enero de 1988) no es la requerida por el artículo 1618.2.º LEC, que exige, para que pueda darse curso a las demandas de retracto... 2.º que se consigne el precio si es conocido o, si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. La sentencia de 27 de septiembre de 1994, con cita de la de 20 de abril de 1994, razona que la presentación de un aval, aunque sea por el importe exacto de la enajenación, no es equiparable a la consignación de éste, por cuanto el precepto legal sólo considera suficiente el afianzamiento en el supuesto de que el precio no fuere conocido; ciertamente sería admisible que la consignación se hubiere realizado mediante la entrega de un cheque conformado (S de 27 de enero 1992) pero el aval no puede equipararse a éste, al no ser calificable como medio de pago de realización inmediata e incluso se halla implícitamente rechazado en el artículo 1618.2.º LEC; criterio que ratifica la S de 30 de mayo de 1995, que rechaza la tesis de que la palabra «consignación» haya de interpretarse como «garantía» para el adquirente de que si prospera la demanda de retracto recibirá con seguridad el precio de la adquisición (arg. arts. 1618.2.º LEC y 3 CC) y no como «depósito en metálico»; no se trata, por estas razones, de un precepto ritual y formal, que haya de ser interpretado con flexibilidad, como ha hecho la STC de 27 de enero de 1992 con referencia a un cheque bancario conformado (seguida por SSTs de 20 de abril y de 27 de septiembre de 1994), pues éste sí que cumple en materia de retracto la obligación de pagar por otro que contrae el fiador, bien de forma subsidiaria o bien de forma solidaria con el deudor (S de 30 de mayo de 1995). La exigencia legal pretende evitar demandas temerarias y procesos inútiles, y actúa como «refuerzo que decide y apuntala la voluntad del retrayente de su recta intención y deseos de querer y poder ejercitar su derecho de retracto...». (STS de 11 de julio de 1996; ha lugar.) (A. R. G.)

26. Retracto de finca rústica: no procede cuando la finca está en terreno urbanizable.—La acción de retracto que regulan los artículos 86 ss de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, no es aplicable al concurrir en la finca objeto de la contienda dos circunstancias: a) que un 78 por 100 de su superficie se encuentra en suelo clasificado como apto para ser urbanizable de acuerdo con las Normas Subsidiarias Municipales, y b) que su valor en el mercado es actualmente muy superior al que tendría dentro de su destino exclusivamente agrícola.

El precio base del retracto debe ser su valor real.—Que es el que debe prevalecer y que en el presente caso, ya se ha constituido, es muy superior al escriturado.

Indivisibilidad del arrendamiento.—Uno de los principios arrendaticios, recogido, entre otras, en la S de 5 de noviembre de 1966, proclama que el arrendamiento es único y por tanto el retracto no puede recaer sobre la parte no urbanizable de la finca en cuestión. (STS de 16 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. G. F. promovió juicio de retracto ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Pola de Lena, que desestimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó la alzada. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

27. Responsabilidad por vicios ruinógenos.—La responsabilidad por ruina regulada en el artículo 1591 CC alcanza en principio a todos los intervinientes en la construcción y tal responsabilidad, como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, es coexigible con carácter de solidaridad cuando resulte imposible individualizar la correspondiente a cada uno de los culpables o autores de los defectos constructivos; por tanto, en los procesos que versan sobre la aplicación del artículo 1591 CC, es menester tratar de indagar siempre cuál es el factor desencadenante de la deficiencia constructiva, a fin de someter a la consiguiente responsabilidad exclusivamente a aquél de los sujetos intervinientes en la construcción a quien le deba ser imputada, al pertenecer ese factor a la esfera de su singularizado cometido profesional.

Responsabilidad del arquitecto técnico.—Al arquitecto superior no se le puede imputar responsabilidad por los daños derivados de la ruina de edificios si los vicios ruinógenos apreciados no son del suelo, del proyecto o de la dirección. Por el contrario, tales vicios pueden ser atribuidos al arquitecto técnico o aparejador demandado si tienen su causa no sólo en la inobservancia por los constructores de las reglas de su oficio sino también en el incumplimiento por parte de aquél de sus deberes de vigilancia, pues la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan, entre otros intervinientes en aquélla, también a los arquitectos técnicos que supervisan la construcción correcta e individualizada de cada uno de aquéllos, lo que conduce a la responsabilidad solidaria (S de 31 de diciembre de 1992, entre otras). Por este motivo, derivados los vicios denunciados de una incorrecta ejecución de la obra, al ejecutarse ésta de manera deficiente y descuidada, deben responder de ellos el constructor y el aparejador, por ser éste el profesional a quien compete ordenar y dirigir la ejecución de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior, director de las obras, según dispone el artículo 1 A.1 del Decreto de 19 de febrero de 1971, regulador de las facultades y competencias de los arquitectos técnicos (S de 29 de noviembre de 1993) (STS de 2 de febrero de 1996; ha lugar.) (J. M. B. S.)

28. Sociedad civil. Aportación de inmueble.—La conclusión a la que llega la sentencia que se recurre es que se formó sociedad civil entre los actores y el demandado; conclusión que se presenta como la adecuada por estar dotada del preciso enlace lógico-jurídico con los hechos probados firmes que la determinan y no la desautoriza el hecho de que la sociedad se hubiera constituido prescindiendo de las formalidades escritas, pues puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados, siempre que concurra el elemento esencial definidor que es el *animus societatis*, integrando de esta manera una sociedad interna, regida por los pactos que hayan acordado los socios, y no lo desvirtúa el hecho de que no se hubieran observado los artículos 1667 y 1668 CC, en relación con la aportación del bien inmueble consistente en el local comercial. Esta situación juega frente a terceros, pero no en el ámbito de las relaciones que entre sí vinculaban a los socios participantes, pues el artículo 1667 CC ha de entenderse subordinado al 1278 CC (SS de 27 de mayo y 24 de julio de 1993 y 9 de octubre de 1995).

Fijación de cuotas en la liquidación de la sociedad: presunción de igualdad en las porciones correspondientes a los partícipes (art. 393 CC).—Ante la falta de pacto expreso que reglamente la disolución y liquidación de dicha sociedad civil, aunque con notoria actividad mercantil, el Tribunal de Apelación aplicó la normativa del artículo 393 CC, en relación al artículo 1669 CC, que tiene por finalidad suplir la falta de título de fijación de cuotas, estableciendo la presunción de igualdad en las porciones correspondientes a los partícipes. A falta de prueba decisiva en contrario y en base a la ausencia de justificaciones concretas respecto a la cuantificación exacta de lo aportado por cada socio, se hace pronunciamiento igualitario y se excluye la aplicación del artículo 140 CCO (que contempla la división a prorrata de la porción de interés que cada partícipe tuviera en la sociedad). La sentencia parte, pues, de la imposibilidad, con los datos obrantes, de fijar las bases de la liquidación a practicar en ejecución de sentencia, por lo que atiende al artículo 1289 CC, que establece la regla hermenéutica, en supuestos como el presente, de atender a la mayor reciprocidad de intereses.

Admisión de fotocopias de documentos. Su valor probatorio.—Se lleva a cabo, por la recurrente, la impugnación de la presentación con la demanda de fotocopias de determinados documentos y su admisión inicial por el Juzgado, sosteniéndose que debieron ser rechazadas. La Sala rechaza el motivo afirmando que la aportación de dicha documental no lo ha sido como si se tratase de documentos originales, en contra de lo que dice el recurrente, sino de reproducción fotográfica de documentos originarios, lo que no prohíbe el artículo 504 LEC, habiendo distinguido la jurisprudencia entre documentos básicos de la pretensión y los complementarios o auxiliares. Una cosa es la presentación de fotocopia, que por sí no causa indefensión para la contraparte que puede impugnarlas, y cuestión distinta es la valoración apreciativa de las mismas a cargo de los órganos judiciales, lo que esta Sala ha resuelto, creando doctrina, en el sentido de que las reproducciones fotográficas de documentos, cuando se niegan a contrario, necesitan la correspondiente adveración probatoria para que surtan efecto (SS de 25 de mayo de 1945; 27 de septiembre de 1962; 17 de febrero y 22 de octubre de 1992, y 20 de abril de 1993).

Diligencia para mejor proveer.—Reiteradamente tiene declarado esta Sala que la referida diligencia (para mejor proveer, en el caso concreto se trataba de una pericial caligráfica), tiene carácter facultativo, potestativo, discrecional y soberano y su utilización no puede ser discutida por las partes ni da lugar a recurso alguno, pues el vocablo «podrán», que incluye el artículo 340 LEC, resulta

suficientemente expresivo (SS de 27 de diciembre de 1990; 6 de junio de 1991; 20 de marzo de 1992, y 1 de junio de 1995).

Infracción de la jurisprudencia aplicable.—La impugnación casacional basada en infracción de jurisprudencia requiere varias sentencias conformes, y con sustancial analogía entre los hechos de las precedentes y los actuales enjuiciados, así como que la *ratio decidendi* sea la misma (SS de 15 de febrero de 1982 y 7 de marzo de 1996).

Imposición de costas. Incongruencia.—La declaración en costas es un elemento que necesariamente ha de integrar el fallo y que se decreta aunque no concurra petición expresa de las partes, como se deduce de los términos imperativos del artículo 523 LEC, constituyendo cuestión de orden público procesal. Por ello, la declaración de costas, aunque no haya sido solicitada a instancia de parte, no puede ser denunciada como situación de incongruencia por exceso. (STS de 17 de julio de 1996; no ha lugar.) (A. C. O.)

29. Apreciación de los Tribunales de la buena o mala fe.—La doctrina de esta Sala mantiene que la buena o mala fe (al igual que el dolo o la culpa) son cuestiones de hecho cuya determinación es competencia de los Tribunales de instancia, debido a que son conceptos jurídicos que se basan y derivan de la valoración de conductas y comportamientos deducidos a través del examen pormenorizado de los hechos que realizan los Tribunales de instancia (STS de 22 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. A. P. C. y don J. M. V. P. interpusieron demanda contra don A. V. A. (fue admitida la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de este demandado), don N. V. S., y don E. V. S., sobre declaración de derechos derivados de un contrato de sociedad civil, suplicando, entre otras cosas, que se declarara la autenticidad y validez del contrato de sociedad y que se reconociese el derecho de los actores, por su condición de socios de la sociedad que da lugar a este litigio, a percibir, cada uno de ellos, un 25 por 100 de los beneficios obtenidos por la sociedad durante los últimos quince años, más la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Los demandados formularon reconvencción. Los demandantes y los demandados, don N. V. S. y don E. V. S., eran socios de una sociedad civil dedicada a la explotación de un negocio de pastelería y bollería, siendo titular cada socio de un 25 por 100 de la mencionada sociedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial revocó de forma parcial la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. J. P. G.)

30. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: distinción.—Sus diferencias principales se concretan en su distinto origen, al presuponer la primera una relación anterior (ordinariamente es un contrato, pero puede ser cualquier otra relación jurídica que conceda un medio de resarcimiento), mientras que la extracontractual solamente presupone un daño, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes, fuera del deber genérico común del *alterum non laedere*.

El concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual.—Puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades, en una yuxtaposi-

ción que sólo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una o de otra responsabilidad; pudiendo incluso afirmarse que, en cualquier caso y como fondo, subsiste la culpa extracontractual completando a la contractual, en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio del perjudicado. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Alfredo G. U. encargó, por medio de un empleado suyo, a dos operarios la colocación de un cartel metálico muy pesado, fuera del horario normal de trabajo y sin dotarles de los medios idóneos ni asegurar los riesgos laborales. Durante la instalación el cartel se deslizó, cayó encima de ambos trabajadores y mató a uno de ellos. La esposa y la hija del fallecido demandaron a don Alfredo G. U., reclamándole 15 millones de pesetas como responsable de la muerte en accidente laboral del operario. La demanda no es estimada en primera instancia pero sí en la audiencia. El demandado recurrió en casación al entender, junto a otro motivo, que existió una relación contractual entre él y la víctima, y, por tanto, no debió ser tenida en cuenta la culpa extracontractual aplicada en la segunda instancia. El TS rechazó el recurso.

NOTA.—Sobre el concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual conviene decir, de forma sintética, que la doctrina general más reciente del TS sobre esta materia es la siguiente: cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar al otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Este criterio se desprende de las SSTS de 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 17 de junio y 29 de noviembre de 1994, 20 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 1996 (cfr. Díaz de Lezcano, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*, Madrid, 1997, pp. 136 ss). (I. D.-L.)

31. Responsabilidad extracontractual: la atenuación jurisprudencial del principio de responsabilidad por culpa no reviste caracteres absolutos.—Así, por mucho que se atenúe el principio de responsabilidad por riesgo e inversión de la carga de la prueba, no puede ser acogida dicha responsabilidad sin una previa declaración inculpatoria del demandado (SS de 28 de noviembre de 1985, 18 de diciembre de 1989 y 29 de junio de 1990). En otras palabras, aunque la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, tal cambio se ha hecho moderadamente, mediante la recomendación de una inversión de la carga de la prueba y la exigencia de un mayor rigor en la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa (SS de 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, entre otras muchas).

Responsabilidad cuasiobjetiva. Mayor acercamiento a la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.—La doctrina del TS en materia de responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene beneficio o provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero. Este acercamiento en la responsabilidad por riesgo se ha producido, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.

El problema de la causalidad: postura realista.—En la culpa extracontractual, la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos (SS de 12 de diciembre de 1928, 22 de octubre de 1948, 21 de enero de 1957 y 11 de marzo de 1988). (STS de 22 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a un accidente producido en una mina que explotaba el demandado, el hijo de la demandante falleció sin saberse exactamente cómo se produjo su muerte. Quedó demostrado que la mina se encontraba sin permiso de explotación desde hacía algún tiempo, que la contratación para la prestación del trabajo fue efectuada fuera de toda norma laboral y que el estado de conservación de las protecciones no estaba controlada debidamente ni por los organismos oficiales, ni por el propio personal especializado de la empresa. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda. La audiencia revocó la sentencia del juzgado y condenó a abonar a los herederos de la actora (fallecida durante el procedimiento) la cantidad de 8 millones de pesetas, esto es, lo solicitado en la demanda. El TS no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta solución que el TS da al problema de la causalidad ha sido denominada por Gullón como postura realista, al tomar como modelo de apreciación lo que usualmente se considera fuente, origen o causa de un resultado (*vid.* Gullón, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, Madrid, 1968, p. 478). (*I. D.-L.*)

32. Responsabilidad extracontractual. Soluciones cuasiobjetivas: no quedan desvirtuadas por el cumplimiento de Reglamentos cuando éstos se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos.—La constante y uniforme doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para

evitar eventos lesivos (SS de 16 de octubre de 1989, 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre de 1990 y 28 de mayo de 1991, entre otras).

Responsabilidad derivada de la conducción eléctrica, a pesar del cumplimiento de las garantías exigidas reglamentariamente.—La mera observancia de las garantías exigidas por el Reglamento de 28 de noviembre de 1968 en materia de conducción eléctrica no exonera de responsabilidad cuando no han dado resultado positivo alguno para evitar los daños previsibles y evitables (SS de 4 de febrero de 1976, 22 de noviembre de 1983, 25 de abril y 31 de octubre de 1988 y 20 de enero de 1992). (STS de 9 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando el conductor de un camión se encontraba trabajando con el vehículo, en una zona destinada a aparcamiento, se le enganchó el volquete (que estaba en posición inclinada para el vaciado de carga) con un cable eléctrico de una línea de alta tensión, sufriendo una descarga al entrar en contacto con una parte metálica del vehículo, lo que le causó la muerte. Dejó viuda y dos hijas de 16 y 14 años de edad, respectivamente. Quedó probado que la entidad mercantil propietaria del tendido no tenía adoptadas las medidas de seguridad reglamentariamente exigidas y que el terreno donde ocurrió el accidente era municipal y había sido acondicionado por el Ayuntamiento de Bo., tres años antes del suceso, para aparcamiento de vehículos, con entrada y salida de camiones y autobuses. Las obras realizadas por el Ayuntamiento de Bo. consistieron exclusivamente en allanar el terreno y extender sobre el mismo una capa superficial de gravilla. La viuda e hijas del fallecido demandaron a la entidad mercantil propietaria del tendido eléctrico y al Ayuntamiento, para que les abonasen, con carácter solidario, la cantidad de 8.000.000 de pesetas como indemnización. En primera instancia se estimó la demanda sólo respecto de la entidad mercantil a la que se condenó con 6.000.000 de pesetas. La Audiencia revocó la sentencia del juzgado y admitió íntegramente la demanda. El TS mantiene la condena de la entidad mercantil y absuelve al Ayuntamiento de Bo. (I. D.-L.)

33. Responsabilidad médica: vasectomía. La obligación del médico es de medios no de resultados.—El médico no se obliga a obtener la curación del paciente sino a aportar a este fin los conocimientos y técnicas adecuadas al caso según el estado actual de los mismos.

Máximas de experiencia: su utilización por el Juez.—Las máximas de experiencia son deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital o juicios hipotéticos sobre un orden normal de convivencia, que el juez puede utilizar sin sobrepasar el principio de que la aportación de los hechos corresponde a las partes, pero no se les puede dar valor si las conclusiones obtenidas no son razonables o contradicen hechos base que aparecen demostrados (S de 28 de febrero de 1989).

Doctrina de la libre apreciación por el juzgador de la confesión judicial.—La confesión judicial es de libre apreciación por el juzgador de instancia mientras no contenga declaraciones perjudiciales para el propio confesante (SS de 21 de julio de 1990 y 10 de abril de 1991). En este último caso, como establece el artículo 1232 CC, la confesión hace prueba contra su autor. (STS de 31 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor reclamó una indemnización de 10.000.000 de pesetas, con carácter solidario, a los dos médicos que le practicaron una vasectomía, al considerar: 1.º que la intervención fue defectuosa, ya que padeció algunas secuelas y tuvo que ser sometido, cinco meses después de la primera, a una nueva operación de vasectomía; 2.º a consecuencia de lo anterior, su esposa dio a luz una hija suya a los diez meses de la primera intervención, y 3.º porque los demandados no le realizaron un seguimiento post-operatorio que verificara el resultado satisfactorio de la operación. En la primera instancia prosperó parcialmente la petición del actor y se condenó a los demandados a indemnizarle, solidariamente, con 5.000.000 de pesetas. Éstos recurrieron y la Audiencia revocó la sentencia dejando reducida la condena en 100.000 pesetas, al no quedar probada la mala realización de la primera vasectomía, ni que fuese efectuada la segunda operación, ni, tampoco, que el actor siguiese las indicaciones médicas para las relaciones sexuales en fechas próximas a la intervención; aunque sí le fueron apreciadas algunas secuelas de la operación. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

NOTA.—Es preciso subrayar que todos los medios que se hayan practicado en el proceso deberán ser depurados y apreciados por el juzgador aplicando máximas de experiencia que no son otra cosa sino reglas que se extraen del acervo general de una civilización y, por tanto, no vienen determinadas por el conocimiento o dominio de una concreta ciencia o técnica. Con la aplicación de tales máximas, el Juez concede a las afirmaciones producidas por las distintas pruebas la relevancia que considera más adecuada de acuerdo con la sana crítica, la razón humana o el buen criterio, con el fin de tener como ciertos o falsos en la sentencia definitiva los hechos controvertidos que fueron objeto de la actividad probatoria (cfr. Moreno Catena, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, p. 376) (I. D.-L.)

34. Responsabilidad médica. La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario es de medios, no de resultados.—Estos profesionales están obligados no a obtener en todo caso la recuperación del enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (SS de 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994 y 15 y 28 de febrero de 1995).

En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba.—En consecuencia, corresponde al paciente la prueba de la culpa y de la relación de causalidad, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa (SS de 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994 y 15 y 18 de febrero de 1995).

La prueba de presunciones es potestativa para el Juzgador.—El CC autoriza al Juzgador a utilizar la prueba de presunciones, pero no le obliga a su uso (STS de 10 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Un cortador de vidrio tuvo un accidente de trabajo que le causó una fuerte herida en su mano izquierda. A consecuencia de las lesiones que sufrió fue intervenido, de urgencia, en el Centro Médico de la Mutua que su empresa tenía concertada, quedándole importantes

secuelas en su brazo izquierdo. El trabajador demandó a la Mutua y a los médicos que le operaron reclamándoles una indemnización de 20.000.000 de pesetas. Quedó demostrado que la técnica utilizada para la intervención fue correcta y que no hubo negligencia en la actuación médica. La demanda fue desestimada en todas las instancias del procedimiento. (I. D.-L.)

35. Responsabilidad del empresario por su dependiente: culpa *in vigilando*. Responsabilidad cuasiobjetiva.—La responsabilidad directa del empresario deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC y se fundamenta en la culpa *in vigilando*. Hay que hacer notar, también, que la doctrina jurisprudencial (SSTS de 25 de octubre de 1966, 3 de mayo de 1967, 16 de marzo de 1986 y 21 de noviembre de 1987) configura a esta responsabilidad del empresario como «cuasiobjetiva». (STS de 29 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El conductor de una carretilla mecánica que actuaba al servicio de la *Cía T.* (en el sentido de que se encontraba bajo las órdenes y vigilancia de la misma, sin dependencia para este trabajo de ninguna otra empresa), al maniobrar hacia atrás, dentro de recinto portuario de Santa Cruz de Tenerife, desbordó el espacio de que disponía para completar una operación, por no poner en ello la debida atención, y fue a golpear contra una plataforma a la que desplazó hacia un contenedor alojado en el suelo hasta atrapar entre ambos al actor, que circulaba por ese lugar al ser persona que desarrollaba su trabajo también dentro del puerto. Este último reclamó judicialmente daños y perjuicios al operario que conducía la carretilla, a la *Cía T.*, a la Sociedad Estatal Portuaria y a dos más. El Juzgado estimó en parte la demanda. La Audiencia revocó parcialmente esta última, al condenar sólo al operario-conductor y a la *Cía T.*, con carácter solidario. El TS no da lugar al recurso de casación presentado por la *Cía T.* (I. D.-L.)

36. Responsabilidad del empresario por su dependiente. Culpa *in vigilando*: deber de supervisar que se realice el trabajo según las normas de seguridad.—Ha de ser el encargado quien ha de visar los mandatos y quien ha de supervisar que los trabajadores, cuando cumplen con su trabajo, lo hagan según las normas prescritas en materia de seguridad, máxime cuando la labor a realizar implique un gran riesgo (S de 27 de julio de 1990).

Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Comienzo del cómputo del plazo en el caso de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o de mejora o de empeoramiento, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas.—En estos supuestos, el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo. En tales casos, la fijación del *dies a quo*, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica en cuanto que el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (SS de 22 de enero de 1985, 21 de abril de 1986 y 26 de septiembre de 1994, entre otras).

Prescripción de la acción directa del perjudicado o sus herederos frente al asegurador cuando el seguro es de responsabilidad civil. Comienzo del cómputo del plazo: cuando se reconozca o declare que el asegurado es civilmente responsable.—Esta doctrina trae como consecuencia que la prescripción de tal acción no puede producirse cuando se demanda en el mismo proceso al asegurado y a la aseguradora (S de 23 de abril de 1991); dado que hasta que no se declare por sentencia firme la responsabilidad civil del asegurado, no comienza el cómputo del plazo de prescripción de la acción directa. (STS de 3 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de un accidente laboral ocurrido el 9 de febrero de 1989, el actor, empleado de una empresa, resultó gravemente lesionado (las secuelas de estas lesiones lo han dejado en una silla de ruedas) por unos hechos en los que quedó demostrado la actuación culpable de la empresa mencionada por omisión de las mínimas normas de seguridad que la misma ha de imponer a sus trabajadores. Es importante reseñar que el mencionado empleado fue declarado en situación de «gran invalidez» (notificándosele el 19 de abril de 1990). El 31 de enero de 1991 el perjudicado demandó a su empresa y a la Cía. Aseguradora de esta última, reclamándoles una indemnización de 25.000.000 de pesetas por sus lesiones, *petitum doloris* y secuelas. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda al condenar a los demandados, con carácter solidario, a pagar al actor 15 millones de pesetas más los intereses legales aumentados en dos puntos desde la presente resolución. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda al entender prescrita la acción. El TS admite el recurso de casación presentado por el actor y falla de conformidad con la sentencia de primera instancia. (I. D.-L.)

37. **Responsabilidad por daños causados por animal (art. 1905 CC). Acciones del animal: supuesto de invasión de la calzada.**—Es arbitrario distinguir entre las acciones del animal para eximir de responsabilidad a su poseedor o a quien se sirve de él, ya que basta que el daño esté causado por el animal o pueda atribuírsele. La invasión repentina de la calzada es un supuesto de responsabilidad incluido en el artículo 1905 CC como ya ha sido declarado en las SS de 23 de noviembre de 1976 y 25 de abril de 1991.

El brocardo *in illiquidis mora non contrahitur* es incompatible con la naturaleza de la deuda nacida de responsabilidad extracontractual.—Al no ser ésta una deuda de suma, sino resarcitoria o compensatoria del daño experimentado, que trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo, o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad. La sentencia que concreta o establece en dinero aquel resarcimiento o compensación nada añade ni quita a la naturaleza intrínseca de la deuda, es un puro instrumento para su materialización, por lo que la cantidad a que condena al responsable debe considerarse que forma parte del patrimonio del perjudicado desde la causación del daño. Así las cosas, los intereses dejados de percibir son suyos, como frutos civiles de dinero de su propiedad, además de que en la actualidad su nominal incorpora el daño de la pérdida de valor de la moneda. Ni los frutos civiles son del deudor ni el acreedor lesionado tiene que sufrir el daño de la devaluación monetaria, pues no se lograría así el íntegro resarcimiento o compensación del dañado. (STS de 27 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando circulaba por una carretera un miembro de la Guardia Civil de Tráfico irrumpió en la calzada una caballería, con la cual colisionó. A consecuencia del accidente el agente sufrió gravísimas lesiones que le llevaron a ser incapacitado judicialmente. La esposa de la víctima, en calidad de tutora, demandó al propietario del animal al que le reclamaba una indemnización de 1.398.000 pesetas por incapacidad temporal y otra de 20.000.000 por las secuelas que el accidente le produjo a su marido. Quedó demostrado que el comportamiento del Guardia Civil no contribuyó a la causación del daño ni agravó la intensidad del mismo. En primera instancia se estimó la indemnización por incapacidad y se impuso, además, la de 19.407.965 pesetas por las secuelas, más costas e intereses legales desde la interposición de la demanda. La Audiencia confirmó este pronunciamiento y el TS no estimó el recurso de casación. (*I. D.-L.*)

38. Accidente de trabajo: no hay exceso de la jurisdicción civil al ser compatible la reclamación laboral con la reclamación civil provenientes de un mismo hecho (accidente laboral).—La Sala primera mantiene la doctrina de estimar compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dado que a pesar de la dualidad de pretensiones y de sus fundamentos jurídicos diversos, éstos no son incompatibles entre sí (STS de 7 de abril de 1995).

Compatibilidad de las responsabilidades que se exigen a las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la jurisdicción laboral por infracción de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, con cualquier otra de carácter civil, penal o administrativo.—En la misma línea de la doctrina recogida en el párrafo anterior, las responsabilidades que se exigen a las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la jurisdicción laboral por incumplimiento de disposiciones que rigen en materia de seguridad e higiene en el trabajo, serán independientes y compatibles con cualquier otra de índole civil, penal o administrativa (SS de 4 de junio de 1993 y 7 de marzo de 1994).

Alcance de la expresión «normas del ordenamiento jurídico», contenida en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, a los efectos del recurso de casación.—El recurso de casación, interpuesto por esta vía, ha de apoyarse en normas del ordenamiento jurídico de carácter civil, careciendo de aptitud los preceptos que no tengan esa naturaleza civil, como son las normas administrativas, penales o laborales (SS de 23 de noviembre de 1990, 8 de abril de 1991 y de 6 de abril de 1992, entre otras muchas). (**STS de 6 de febrero de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de una explosión de grisú, ocurrida el 13 de marzo de 1975, en una galería minera de Navarra, murieron varios trabajadores. Los herederos de éstos reclamaron una indemnización a la entidad mercantil que explotaba la mina y para la que trabajaban las víctimas, con fundamento en culpa contractual. La demandada alegó la excepción perentoria de prescripción y se opuso también en cuanto al fondo del asunto. El Juzgado no apreció la excepción de prescripción de la acción y estimó en parte la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. No prosperaría el recurso de casación. (*I. D.-L.*)

39. Responsabilidad extracontractual. Accidente de trabajo: existe compatibilidad entre la reclamación laboral y la reclamación civil procedentes de un mismo hecho (accidente laboral).—Existe compatibilidad entre la

indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, ya que la reglamentación especial, no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse de un mismo hecho (accidente laboral) otras acciones de las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SS de 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, y 7 de mayo y 8 de octubre de 1984). De este modo, las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual las cuales nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley.

Daño corporal. Comienzo del plazo de prescripción de la acción de indemnización: cuando se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto.—Ya que sólo entonces se halla el interesado en condiciones de ejercitar la acción valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización (S de 8 de julio de 1983). En este sentido, no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, ya que al no saberse hasta entonces su alcance no puede reclamarse en base a ellas (S de 17 de mayo de 1989).

Concurrencia de culpa del perjudicado: moderación de la responsabilidad.—Cuando existe una concurrencia de culpas entre el agente y la propia víctima en la producción de un mismo daño, procede la reducción del *quantum* de la indemnización establecida.

La incompetencia de jurisdicción puede ser planteada como cuestión nueva en casación.—Dado el carácter de orden público absoluto que la incompetencia de jurisdicción conlleva, cabe ser sometida a consideración, como cuestión nueva, en esta sede. (STS de 27 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ocurrido un accidente en una mina en el que resultó gravemente lesionado un trabajador, éste reclamó a la entidad mercantil encargada de la explotación 26.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios. El suceso se produjo al deslizarse un costero que se había desprendido unos días antes y sobre el que no se habían adoptado las medidas precisas para inmovilizarlo. El actor no tuvo intervención en el desarrollo de los hechos causantes del accidente. En todas las instancias del procedimiento se condenó a la demandada a que indemnizase al actor con la cantidad de 18.000.000 de pesetas. (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. REGISTRAL. HIPOTECARIO

40. Zona marítimo-terrestre.—La Constitución no ha venido a derogar expresamente la legislación anterior en cuanto que a su amparo se podía acceder al dominio de los enclaves en zonas marítimo-terrestres aunque su artículo 132.2, no contenga reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos en dichas zonas. Sin embargo, el efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional, no puede tener trascendencia confiscatoria, por prohibirlo su artículo 33.3 respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales, y se han consolidado con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la

vigencia de dicho cuerpo legal, que precisamente no es proclive a desatender en forma expresa los intereses legítimos de terceros sobre el controvertido dominio costero en los casos de retroactividad y por tanto los derechos de los particulares han de mantenerse y reconocerse. En consecuencia, *la presunción-blindada constitucional* en pro del dominio público nacional, requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración de contrario y los particulares que se opongan a las pretensiones reivindicativas del Estado, deben probar los hechos obstativos, no siendo para ello suficientes las inscripciones registrales, concretamente a la operada en virtud del artículo 205 LH. En este sentido la actividad de deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad, ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna. (STS de 10 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. C. B. y otros formularon demanda contra la Administración del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria que desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso. El TS estimó parcialmente el recurso. (A. J. C.)

41. Accesión invertida.—Los requisitos que deben concurrir para que se dé la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada son: a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, y e) que el edificante haya procedido de buena fe. El supuesto de la accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra ya que en éstos no se da la invisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye. (STS de 22 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—C. SA formuló demanda contra don E. P. L. y otros ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de la Gomera que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al mismo. (A. J. C.)

42. División de cosa común.—Los comuneros podrán realizar de común acuerdo la división de la cosa común, de la manera que tengan por conveniente, estableciendo la jurisprudencia que tal supuesto constituye un acto equivalente a un contrato (SS de 25 de febrero de 1966 y 18 de febrero de 1987), lo que supone una voluntad concorde o una coincidencia en los querer de todos los interesados, según señala el artículo 402 CC. Pero no cabe confundir el concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los que aquellos se manifiestan de forma condicional, sometándose a una serie de requisitos que si no se asumen todos, implican ruptura o falta de consenso, como es el caso.

La referencia a árbitros o amigables componedores, en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no han de regirse forzosamente por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sino a voluntad de los interesados, pues, el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partido-

res de la herencia, cuyas reglas de división o partición son subsidiariamente aplicables en estos casos. (STS de 15 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. M. y otros formularon demanda de juicio declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de Madrid, que estimó la demanda. La Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

43. Disolución de comunidad mediante la división de la cosa común en régimen de propiedad horizontal.—Se puede acudir a esta forma de extinción de la comunidad ordinaria y su sustitución por un régimen de propiedad horizontal cuando se trate de un edificio cuyas características lo permitan, debiéndose dar tal circunstancia originariamente. Respecto de la finca objeto de la contienda —una vivienda unifamiliar con una distribución propia de una casa de labranza a través de cuyo portal entraban los animales hacia el establo situado en el patio— no se puede afirmar que, originariamente, el edificio reuniera las características a que se refiere el artículo 396 CC, por lo que su sometimiento al régimen de propiedad horizontal requiere la realización de obras de adaptación cuyo importe se revela importante si se tiene en cuenta la estructura y elementos con que cuentan cada una de las viviendas resultantes y que sería necesario habilitar como viviendas independientes. El importe de todas estas obras pudiera hacer antieconómica esta forma de disolución de la comunidad, habida cuenta que las apreciaciones sobre divisibilidad o indivisibilidad no son un hecho sino un concepto valorativo de unos hechos y que tal circunstancia no sólo depende de su indivisibilidad real sino también de su indivisibilidad jurídica, configurada ésta por la originación de un gasto considerable a los partícipes, lo que hace que tal situación de indivisibilidad se dé en el presente caso. (STS de 13 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. B. P. presentó demanda contra doña M. D. B. P. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Castellón de la Plana, que estimó la demanda. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

44. Propiedad horizontal: obras en elementos comunes.—La apertura de huecos en una pared de los locales comerciales de un edificio que permiten su comunicación con otro contiguo, que pertenece a distinto inmueble, infringe lo dispuesto en el artículo 7 LPH de 21 de julio de 1960 ya que aunque la citada pared no tenga una misión estructural, no cabe duda de que es un elemento común dentro de los del inmueble y altera su configuración o estado exterior. En consecuencia, el propietario del citado local no podía, con arreglo al citado precepto, hacer obra sin el consentimiento de la Comunidad, que no lo tuvo. La sanción por la citada contravención es la reposición del elemento alterado a su anterior estado y no la de su mantenimiento, pues, la notificación al representante de la comunidad que el precepto citado estatuye se refiere a las obras de modificación de elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios del piso o local que pueda realizar libremente el propietario y siempre que se guarden las limitaciones que en el artículo 7 LPH se fijan, entre ellas la de no alterar o menoscabar la configuración y estado exterior del inmueble. (STS de 24 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio I presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de León, contra TA, S. A., que desestimó la demanda. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

45. Propiedad horizontal. Cerramiento de elementos comunes.—La construcción de un nuevo elemento común consistente en un muro que cierra una urbanización originariamente abierta, altera muy considerablemente la situación general prevista en el título constitutivo, excediendo de los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la aplicación de la regla contenida en el artículo 16.1 LPH en relación con el artículo 11. El acuerdo requiere la unanimidad de los propietarios ya que, al igual de la seguridad del Complejo, es respetable el derecho de los dueños de los locales comerciales a ejercer sus actividades en las mismas condiciones establecidas en el título constitutivo: acceso directo a los locales desde la zona común o a través de la cubierta del semisótano y sin cerramiento de la zona común para aislarla del exterior. (STS de 30 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. S. T. y otros presentaron demanda contra la Comunidad de Propietarios C. S. N. B. I ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante, que estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

46. Propiedad horizontal: obras en elementos comunes.—En el presente caso la cuestión se centra en determinar si para realizar las obras ejecutadas por la recurrente (apertura de tres huecos, que dan a un patio común, para la salida del aire acondicionado, tapados con un cartel publicitario) es necesario el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios. Aunque la sentencia reconoce que la interpretación que hay que dar a las alteraciones de la configuración del estado exterior de un edificio, a que se refiere el artículo 7.1 LPH, tiene que ser de carácter restrictivo y por ello los casos de pequeñas obras realizadas en una pared que da al patio del edificio no pueden tener la consideración de modificaciones de la estructura. Sin embargo, en este caso no cabe discutirse que los huecos abiertos en la pared comunal alteran su configuración o estado exterior por lo que la limitación contenida en los artículos 7.1.º y 11 LPH es indiscutible, habida cuenta de que la colocación de los carteles es una argucia para impedir la vista desde el exterior de la apertura de tales huecos. (STS de 24 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios *Residencial Mirabel* formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Caja Madrid*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, que desestimó la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Toledo estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

47. Propiedad horizontal: concepto de servicio de portería.—El término *portería* que incluye el artículo 396 CC entre los llamados elementos comunes se refiere claramente a los elementos físicos del inmueble aptos para destinarse o dedicarse al expresado servicio, como denota la enumeración que realiza (suelo, vuelo, cimentaciones ... escaleras, porterías,...) en función del concepto principal

elementos del edificio. Por ello, no puede impedirse a la mayoría de los copropietarios que acuerden la supresión del servicio de portería desempeñado por persona física y su sustitución por otro (portero eléctrico o videoportero) como acto de administración, aunque por supuesto no puedan, sin ajustarse a la regla de la unanimidad, arrendar o vender las dependencias o vivienda del portero o dar otro destino a las mismas. (STS de 26 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. G. P. y otros presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Málaga, contra la Comunidad de propietarios del edificio en calle Cortina del Muelle, 21, que estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

48. Inmatriculación de finca rústica. Requisitos del artículo 205 LH.—La redacción del artículo 298 RH parece que amplía el marco de los documentos que pueden inscribirse sin requisitos condicionantes respecto de lo que dispone el artículo 205 LH, lo que ha sugerido distintas interpretaciones doctrinales. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de la DGRN (R de 24 de mayo de 1983) cabe la posibilidad de utilizar como elemento inmatriculador el título público que sea anterior en un año a la fecha en que se solicite la inmatriculación, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. (STS de 12 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. G. B. y otros presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Fuengirola contra don J. V. C. y otro, que desestimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

49. Doble venta. Principio de prioridad.—Esta Sala tiene establecido que el principio *prior in tempore, potior est iure* no es suficiente cuando entra en juego el mecanismo registral característico del sistema inmobiliario español, donde la prioridad es preciso ponerla en relación con el Registro de la Propiedad, por lo que en caso de doble venta de un inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, confiere a este último la propiedad, siempre que medie la buena fe, que en materia de derechos reales no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento (SS de 16 de febrero de 1981 y 23 de enero de 1989).

Fe pública registral. Artículos 32, 33 y 34 LH.—La Sala afirma que la posible inexactitud no se proyecta sobre la compraventa y que el adquirente que inscribió ostenta la calidad de tercero hipotecario, conforme al artículo 34 LH, es decir, que, conforme al artículo 32 LH, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no le perjudican; y si es válido el contrato de 1980, como aquí ocurre, al tercero del artículo 34 LH no le afecta la excepción del artículo 33 LH, lo que hace decaer el motivo.

Doctrina de los actos propios.—El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 1253 CC, al entender el recurrente que la Audiencia realizó una deducción que no se ajusta a las reglas del criterio humano, consistente en considerar que la finca segregada y vendida al recurrente el 30 de enero de 1980

corresponde parcialmente a la parcela cifrada con el núm. 5 vendida al propio recurrente el 14 de junio de 1968. Pero la Sala afirma que este motivo debe ser desestimado por ir en contra de la doctrina de los actos propios y los hechos sentados por el recurrente en su propia demanda, ya que en ella se contienen varias referencias a la identidad de dichas fincas, es decir, el propio recurrente reconocía la certeza de dicha identidad entre las dos fincas. Con cuanto antecede quiere decirse que la identidad entre la finca vendida al recurrente y la parcela núm. 5 no la deduce el Tribunal por vía de una presunción, sino por admisión de la propia parte y por prueba directa, con lo que mal pudo infringirse el artículo 1253 CC. (STS de 12 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 4 de julio de 1967, don Antonio B. N. adquirió, en pleno dominio, una parcela situada en el núm. 5 de la calle Numancia, de la localidad de Tarifa. Posteriormente, el día 14 de junio de 1968, don Antonio B. N. y su esposa vendieron a don Alberto D. G. dicha parcela en escritura pública. El comprador no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, no obstante figurar la finca inscrita a favor de los vendedores. Con fecha 30 de enero de 1980, don Antonio B. N. y su esposa otorgaron escritura pública de agrupación, segregación y compraventa por virtud de la cual vendían a don Luis G. F. la mencionada finca o, por mejor decir, una parte de ella, previa agrupación con otras dos colindantes y segregación de una finca nueva que corresponde parcialmente a la antigua núm. 5, ya descrita. Con fecha 14 de septiembre de 1988, don Alberto D. G. y su esposa vendieron parte de la repetida finca, mediante escritura pública, a la sociedad *Zoffany Limited*. Cuando se pretendió la inscripción de la escritura que recogía esta última compraventa, el Registro de la Propiedad núm. 2 de Algeciras denegó la inscripción, al encontrarse la finca vendida e inscrita a nombre de don Luis G. F. en virtud de la escritura de agrupación, segregación y venta de 30 de enero de 1980. Ante estos hechos, don Alberto D. G. y la entidad *Zoffany Limited* formularon demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Antonio B. N. y su esposa, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de agrupación, segregación y venta de 30 de enero de 1980 (por la que los demandados vendieron a don Luis G. F.) y la consiguiente nulidad de las inscripciones a que dio lugar la anterior escritura. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Algeciras dictó sentencia desestimando íntegramente el recurso y confirmando la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación, por don Alberto D. G., el TS declara que no ha lugar al recurso. (A. C. O.)

50. Tercería de dominio.—Un contrato tiene objeto cuando éste si no está determinado, es determinable, lo que permite el artículo 1273 CC siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron, surtiendo dicho contrato plena eficacia jurídica desde el momento de su celebración aun cuando después se efectuara la determinación en otro documento posterior.

La anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el

acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH. (STS de 14 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José B. R. y dos más promovieron tercera de dominio contra don B. C. E. y contra C. S. A., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería que estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

51. Ejecución hipotecaria.—La cuestión radica en determinar, si los contratos de arrendamiento pactados con posterioridad a la constitución de una hipoteca sobre un inmueble, continúan vigentes después del auto de adjudicación de la finca, o si por el contrario es de aplicación la regla 17 del citado artículo 131 LH ordenándose la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca. Sobre la base de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; b) Porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU de 1964. Esta doctrina quiebra: a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (S 17 noviembre 1989); b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º RH (STS de 9 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña V. P. M. y otros, formularon demanda contra don C. P. V. A. de C. y B., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona que desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO DE FAMILIA

52. Matrimonio canónico. Matrimonio rato y no consumado.—El motivo decaer, porque no afecta nada su contenido a la decisión tomada por la Audiencia, que como pone de manifiesto, no puede entrar a fiscalizar el cumplimiento de los trámites seguidos ante la Santa Sede. La Audiencia además ha declarado hecho probado que hubo notificación. Debe partirse de que el rescripto pontificio de dispensa de matrimonio rato y no consumado, no es apelable y su firmeza no ofrece duda, sin que por otra parte pueda suscitarse ante los Tribunales españoles

cuestión sobre los efectos que produciría una revocación del rescripto por «obrepción en las preces» (mediando mentira), a que se refiere el recurrente.

Principio de igualdad.—La dispensa matrimonial por rato y no consumado la reconoce y conserva desde siempre nuestro Derecho codificado, hoy en el artículo 80 CC, que declara la eficacia civil de las decisiones pontificias sobre dicha materia, cuando se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente, conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 LEC. Plantear una infracción del principio de igualdad, exige en primer lugar demostrar que no se le ha tratado del propio modo que a otros implicados en análogos rescriptos, pero no es eso lo perseguido por el recurrente, que se entretiene en advertir diferencias entre los ciudadanos según sus credos, lo que le debería llevar a sugerir el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero no a sostener que se infringe la igualdad cuando a su matrimonio canónico se le aplican las reglas que él mismo eligió y con absoluta igualdad que a otros casos iguales. (STS de 17 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 11 de abril de 1990, la Santa Sede dictó un Rescripto Pontificio, por el que declaró la dispensa del matrimonio rato y no consumado de doña Magdalena C. M. y don Luis R. M., que presentado por aquella en solicitud de eficacia civil, conforme establece la disposición adicional segunda de la Ley de 7 de julio de 1981, y al haberse opuesto el esposo, el Juzgado dictó auto denegatorio en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 3 de dicha norma adicional segunda, dejando a salvo el derecho a formular la pretensión en el procedimiento correspondiente. Doña Magdalena C. M., promovió juicio de menor cuantía solicitando los efectos civiles del Rescripto y fue desestimada la demanda en primera instancia por entender que concurrían los requisitos del artículo 954 LEC, pero faltaba el requisito de la firmeza del Rescripto por no haber sido notificado en forma al aquí demandado. La Audiencia en apelación, revocó la sentencia y estimó la demanda. El TS no casó la sentencia. (A. C. S.)

53. Sociedad de gananciales. Presunción de ganancialidad.—La destrucción de esta presunción ha de hacerse con aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por uno u otro cónyuge; no basta, por regla general, la declaración del otro esposo.

Deuda mercantil. Mora.—En las obligaciones mercantiles con día señalado para su vencimiento, la mora comienza el día siguiente de su vencimiento. En régimen puramente civil, el protesto de letras de cambio representa la exigencia extrajudicial de cumplimiento. (STS de 2 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El TS da lugar al recurso de casación y reconoce el carácter ganancial del inmueble al que la Audiencia y el Juzgado habían atribuido naturaleza privativa de la esposa a través de una valoración conjunta de la prueba. (A. C. S.)

54. Sociedad de gananciales. Presunción de ganancialidad.—El precepto aplicable es el antiguo artículo 1407 del antiguo CC, pero, en cualquier caso, lo cierto es que la presunción *iuris tantum* de que se trata ha de aplicarse no sólo en las relaciones con terceros, como argumenta la recurrente, sino también entre ambos cónyuges, como es el caso, y, así establecido, la doctrina jurisprudencial

(STS de 18 de julio de 1994, con cita de anteriores) tiene declarada la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad, y, por tanto, no basta, para estimar el motivo que nos ocupa, que la Audiencia haya apreciado la existencia de indicios acusados, pues la *vis atractiva* de la ganancialidad de los bienes, inspiradora del artículo 1407 y del actual artículo 1361, impone la exigencia de una prueba —no sólo de indicios— que reúna las características señaladas jurisprudencialmente, debiendo resolverse las situaciones dudosas, como la presente, en favor de la naturaleza ganancial de los bienes, que es lo decidido, en definitiva, por el Tribunal *a quo*, por lo que ha de decaer el motivo. (STS de 24 de julio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Se afirma la ganancialidad de unos bienes adquiridos en compraventa, en la que no se ha demostrado que el dinero con que se pagó fuera privativo. Se aplica la presunción *iuris tantum* de ganancialidad que inspiraba al antiguo artículo 1407 CC y al 1361 actual. (A. C. S.)

55. Sociedad de gananciales. Inexistencia de fraude de un cónyuge en contra de los intereses del otro.—El artículo 1391 CC, como su precedente el 1390 del que es continuación, supone la ejecución por uno de los cónyuges de un acto de administración o enajenación de los bienes gananciales, supuesto en que no puede comprenderse la no inclusión de las operaciones divisorias de la sociedad de gananciales de determinados bienes de ese carácter. (STS de 8 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En ambas instancias fue desestimada la demanda formulada por doña María Luisa V. H. en la que solicitaba se dicte sentencia declarando que en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales otorgada entre los cónyuges litigantes el día 6 de noviembre de 1987 se omitió inventariar la cantidad dineraria de 21.183.835 pesetas, ordenando en consecuencia su inclusión en el activo de la sociedad conyugal de la referida suma y se condene al demandado don Manuel G. C. a entregar a su esposa, la hoy actora, la cantidad de 10.591.917 pesetas, más los intereses legales a partir del día 6 de noviembre de 1987. (A. C. S.)

56. Filiación. Acción de reclamación de la extramatrimonial por el progenitor.—La interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134 CC, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada (STS de 8 de julio de 1991).

Negativa de la madre a la práctica sobre el hijo de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad.—La actitud contraria a la práctica de la prueba no puede ampararla el Derecho, como expresa la STS de 28 de noviembre de 1995, por muy explicables desde el punto de vista subjetivo que sean las motivaciones que llevan a los demandados a negar todo tipo de colaboración, el Derecho no puede amparar estas conductas. En efecto, la actitud de los mismos comporta un ejercicio antisocial del derecho de defensa. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La acción ejercitada es la de reclamación de la filiación no matrimonial, entablada por el pretendido padre biológico del hijo, contra su madre, que ha concluido tanto en primera como en segunda instancia con sentencias desestimatorias de la pretensión, coincidentes ambas en la carencia de legitimación activa del actor por falta de acreditamiento de la posesión de estado. Prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

57. Pruebas acreditativas de la filiación. Valoración de la negativa injustificada a someterse a la prueba del análisis de los grupos sanguíneos.—«Ha de recordarse: a) Que en orden a la interpretación del artículo 135 CC es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 CC, en orden a permitir que se tomen en consideración “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo” (SS de 8 de julio de 1986; 10 y 27 de junio, y 14 de noviembre de 1987; 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988; 5 de abril y 20 de julio de 1990; 5 de octubre de 1992; 29 de marzo y 20 de octubre de 1993; todas ellas citadas en la de 16 de julio de 1994), y b) ser también doctrina jurisprudencial reiterada, pacífica y consolidada, respecto al modo cómo debe interpretarse y valorarse la negativa injustificada de los litigantes a someterse a la prueba directa del análisis de los grupos sanguíneos, la recogida por ambas sentencias de instancia, pues, partiendo del hecho científicamente comprobado, de que tal prueba biológica determina con absoluta seguridad una delimitación negativa de la paternidad, con una probabilidad hasta el 99,98 por 100 de estimación positiva, la posición obstruccionista injustificada de cualquiera de los litigantes, si no es equiparable a una *facta confessio*, dado que la ley así no lo declara, constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego».

Alcance de la prueba de presunciones.—«... técnicamente la prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador en cada caso determinar cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina. Ya la S de 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984, ambas citadas en otras muchas posteriores, señalaba que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho-base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* antes aludidos, que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se

reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados (S de 24 de noviembre de 1983)». (STS de 4 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Las sentencias de instancia se muestran conformes al declarar que una menor es hija no matrimonial del demandado -un conocido tenista- y la demandante. Consta que la prueba biológica de paternidad quedó frustrada como consecuencia de la negativa del demandado a someterse a la misma a pesar del expreso pronunciamiento en tal sentido del Juzgado. Consta igualmente que no existen pruebas a favor de la no paternidad y que no se ha probado la concurrencia de la *exceptio plurium concubentium*. El demandado interpone recurso de casación que el TS no acoge. (R. G. S.)

58. No procede declarar la paternidad pese a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas si del material probatorio no se infiere la existencia de relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.—«Ha interpuesto la actora recurso de casación en el que se denuncia la infracción del artículo 1253 CC. En su fundamentación se sostiene que la paternidad pretendida se puede deducir de las declaraciones de los testigos, que manifestaron que existían relaciones entre la actora y demandado en la época de la concepción del menor, junto con el indicio que supone el que el demandado se haya negado a la práctica de las pruebas biológicas. El motivo es claramente desestimable, por combatir la valoración de la prueba testifical efectuado por la Sala de Apelación, siendo así que esta Sala tiene reiterado hasta la saciedad que tal cometido es propio de la soberanía de la instancia, que aquí lo ha desarrollado con minuciosidad. Al no existir prueba de la que inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción del menor, no se puede dar valor y eficacia de confesión a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas». (STS de 18 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, declara el Juzgado la paternidad del demandado. Éste interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima revocando la sentencia de instancia. Recurren en casación la madre y el hijo (llegado para entonces a la mayor edad) y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

59. Derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto.—La prudencia del Juzgador se ha extremado al máximo, ya que se ha tenido en cuenta que el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía con su padre.

Derecho del menor a ser oído.—La nueva Ley del menor de 15 de enero de 1996 y la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990, garantizan al niño que tenga condiciones para formar juicio, que se le oiga en cuanto afecte a su esfera personal, familiar o social. (STS de 11 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Versa el presente recurso sobre el régimen de visitas que reclaman los abuelos paternos del menor a su suera, la madre del menor, en estado de viuda y, con anterioridad separada de su marido

más tarde fallecido, padre del referido menor. La sentencia recurrida que no niega el derecho de los actores a relacionarse con su nieto revocada, sin embargo, el régimen de visitas que la sentencia de primera instancia estableció que modifica por otro más acorde con la situación, pues, atendiendo a máximas de prudencia y normalidad, es aconsejable establecer que los actores podrán visitar a su nieto y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las dieciocho horas que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en períodos vacacionales, hasta las veinte horas y treinta minutos del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Testamento ológrafo.—En el presente caso se trata de obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en SS de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914.

Interpretación del testamento.—Es reiterada e igualmente notoria doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o de la ley.

Voluntad del testador de dejar subsistente un testamento anterior.—La S de esta Sala de 7 de mayo de 1990 tiene declarado que superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las SS de esta Sala de 22 de marzo de 1901, 17 de junio de 1915 y 11 de diciembre de 1929, y consolidado en la reciente de 1 de febrero de 1988, coincidente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la DRGN (RR de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951) es el de que la «voluntad» que se exige en el párrafo primero del artículo 739 CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas del mismo Cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo. (STS de 14 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En septiembre de 1990, doña Benilde P. P. promovió contra don José Francisco y doña María Asunción de M. V., doña María de los Angeles P. de M. y contra la herencia yacente y otros herederos de doña Amparo de M. G. del M. juicio de menor cuantía, en el que postuló se dicte sentencia por la que se declare y condene a los demandados a lo siguiente: 1.º Que son válidos y pueden ser pro-

TOCOLIZADOS los testamentos ológrafos otorgados por doña Amparo de M. G. del M. en 2 de septiembre y 15 de octubre de 1983, ordenando legados en favor de Benilde P.P. 2.º Que doña Amparo M.G. del M. tenía aceptada tácitamente la herencia testada de su premuerto hermano don Florencio José. 3.º Que los herederos de doña Amparo de M.G. del M. están obligados en todo caso a hacer inmedita entrega a la indicada legataria de la totalidad del piso 10.º B o izquierda de la casa núm. X del Paseo de la Constitución y la cantidad de 2.000.000 de pesetas, más los intereses legales de esta cantidad desde la presentación de esta demanda. 4.º Que es procedente la inscripción en el Registro de la Propiedad del legado del piso vivienda de autos en favor de doña Benilde P. P. con cancelación de las inscripciones contradictorias.

En dicho proceso en su grado de apelación recayó sentencia por la que, confirmando íntegramente la de primera instancia, estimó todos los pedimentos de la demanda. (A. C. S.)

61. Posición jurídica del heredero fiduciario.—Tanto la doctrina como el TS (SS de 19 de mayo de 1952 y 20 de octubre de 1954) señalan que entre el fideicomiso y el usufructo existen diferencias (el fideicomiso concede al fiduciario la propiedad de los bienes con carácter temporal, mientras que el usufructo sólo otorga al usufructuario el uso y disfrute de los bienes cuya propiedad ostenta otro sujeto) pero al mismo tiempo también existen analogías entre ambas instituciones.

Por otra parte, es doctrina reiterada que el fiduciario no puede disponer de los bienes como si fueran libres, tan sólo puede disponer de su derecho de propiedad temporal. Lo que supone que quien reciba la propiedad de esos bienes será dueño sólo durante el período de tiempo que le hubiera correspondido al fiduciario; con posterioridad a este momento los bienes objeto del fideicomiso deben ser entregados al fideicomisario.

Arrendamiento constituido por el fiduciario. Régimen jurídico. Ejercicio de la acción de retracto.—En materia de arrendamientos rústicos, la jurisprudencia en un primer momento y más tarde el artículo 13 LAR de 1980, reconocen que el fiduciario tiene derecho de goce análogo a los del usufructuario y el superficiario. El mencionado precepto señala que «los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador...». Esto implica, en el presente caso, que cuando fallece el arrendador (heredero fiduciario), el arrendamiento de la mitad indivisa de la finca se extingue. Por lo tanto, el arrendatario no puede ejercer el derecho de retracto del artículo 86 LAR de 1980 en relación a esa mitad indivisa de la finca porque no tenía la cualidad de arrendatario cuando transmite la finca a terceros. Sin embargo, sí puede ejercer el mencionado derecho de retracto respecto de la otra mitad indivisa de la finca (cedida por la hermana del arrendador a éste), pues aunque también está sujeta a una sustitución fideicomisaria al no haber fallecido todavía la heredera fiduciaria (hermana del arrendador) el arrendamiento de esa parte de la finca sigue vigente y por consiguiente, el arrendatario podrá en virtud de los artículos 86 y siguientes LAR de 1980 ejercer el derecho de retracto. (STS de 28 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En mayo de 1979 don J. I. G. G. cede en arrendamiento durante veinte años a don J. B. F. la finca objeto de litigio. La mitad

indivisa de la finca la adquirió el arrendador por herencia de sus padres sujeta a una sustitución fideicomisaria. La otra mitad de la finca le pertenece por la cesión gratuita de su hermana (que la adquirió de sus padres con la misma limitación fideicomisaria). El arrendador don J. I. G. G. falleció en junio de 1981 dejando como únicos herederos a sus cinco hijos legítimos. La hermana del arrendador no ha fallecido. Los herederos del arrendador venden la totalidad de la finca a don I. J. G. I. y don D. G. I. El arrendatario, don J. B. F., interpuso demanda ejerciendo la acción de retracto de arrendamiento rústico del artículo 86 LAR de 1980 contra los vendedores y los compradores de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y desestima en su totalidad la demanda. El TS estima de forma parcial el recurso de casación, anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando sólo la parte dispositiva de la sentencia dictada en primera instancia. (M. J. P. G.)

62. Albacea. Extinción del cargo por el transcurso del plazo.—Transcurrido el plazo señalado por el testador, sin haber solicitado prórroga, se extingue el cargo. Sólo se interrumpe o paraliza el plazo por pleitos que versen sobre la validez del testamento o de alguna de sus disposiciones, únicas hipótesis en que el artículo 901 CC permite tal efecto.

Legitimación activa.—Carece de ella el albacea para demandar a la viuda del testador para que proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. (STS de 2 de abril de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Florencio A. R. falleció bajo testamento abierto notarial en el que nombró albacea contador-partidor de su herencia a don Martín G. D., abogado, «con prórroga de un año más sobre el plazo legal». Al Sr. G. se le comunicó su nombramiento el 30 de agosto de 1985, y el 18 de mayo de 1987 entregó un borrador de partición a la viuda del causante y uno de sus hijos. El día 24 de julio de 1987 demandó a la viuda e hijos y herederos del causante, solicitando que aquélla fuese condenada a que, en unión del actor, compareciese ante Notario para formalizar la liquidación y división de la sociedad de gananciales, con la finalidad de que se pudiesen realizar las operaciones sucesorias del causante.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa del actor acogiendo la excepción de falta de acción opuesta por los hijos y herederos del causante que comparecieron, al haber transcurrido el plazo legal de su encargo, sentencia que fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. (A. C. S.)

DERECHO MERCANTIL

63. Contrato de seguro. Vinculación del tomador a las condiciones generales del contrato.—El control de las condiciones generales de los contratos de adhesión corresponde a los Tribunales, sin olvidar la vigilancia que sobre las mismas ejerce la Administración Pública (en este sentido se pronuncia la STS de 11 de abril de 1991). Se afirma que aunque el tomador del seguro reconozca la

existencia del contrato de seguro ello no implica que necesariamente también esté aprobando y asumiendo las condiciones generales contenidas en la póliza de seguro. En este sentido, el artículo 3 LCS exige que las condiciones generales del contrato estén redactadas de forma clara y precisa y las que sean limitativas de los derechos del asegurado deben ser específicamente aceptadas por escrito. De manera que si la póliza no está firmada por el tomador, el contrato de seguro es válido y eficaz pero las condiciones generales que sean limitativas de los derechos del asegurado no le vinculan ni obligan porque no forman parte del contrato (STS de 26 de mayo de 1989). Tan sólo la aceptación expresa y por escrito de las mencionadas condiciones generales por el tomador permitirá afirmar que son parte del contrato de seguro (SSTS de 31 de mayo, 4 y 9 de junio y 23 de diciembre de 1988, 8 de mayo de 1990 y 7 de febrero de 1992).

Interés de demora. Requisitos.—El TS continuando con la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 3 y 5 de junio y 28 de octubre de 1991 y 28 de enero de 1995) mantiene que no existiendo causa justificada para la demora en el pago de la indemnización, una vez que ha transcurrido el plazo de tres meses fijado por el artículo 20 LCS y estando fijada la cantidad a la que asciende la indemnización es conforme a Derecho el abono del interés de demora. (STS de 29 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. M. P. es tomador de un seguro de accidentes (aunque no ha firmado la póliza de seguro) contratado con la entidad *Schweiz, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*. Don F. M. P. sufrió un accidente fortuito que le causó incapacidad permanente total. Formuló demanda sobre reclamación de cantidad contra *Schweiz, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en la presente sentencia, cuando se hace referencia al artículo 20 LCS, hay que entender que se hace a su redacción originaria y no a la nueva redacción que le da la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (M. J. P. G.)

64. Indemnización de la compañía de seguros en caso de siniestro. Naturaleza jurídica del acto de liquidación.—El TS califica el finiquito como un negocio contractual que por vía de la autonomía privada, reconocida en el artículo 1255 CC, las partes pueden pactar un término final que en la práctica equivale a una caducidad convencional.

Distinción entre caducidad y prescripción. Doctrina jurisprudencial.—La STS de 30 de abril de 1940 estableció las directrices para distinguir la caducidad de la prescripción creando una jurisprudencia que de forma continua señala las diferencias entre ambas instituciones. Se afirma que la caducidad provoca la extinción automática de un derecho cuando su titular no actúa dentro del plazo del tiempo señalado por la Ley o las partes para su ejercicio. La caducidad no es renunciabile y puede ser apreciada de oficio por el Juez mientras que la prescripción debe ser alegada por el interesado para que sea eficaz. También se señala que las causas de interrupción del artículo 1973 CC no son aplicables a los casos de caducidad.

Contrato de seguro marítimo. Normativa aplicable.—Como indican las SSTS de 19 de octubre de 1987, 21 de julio de 1989 y 22 de abril de 1991, el contrato de seguro marítimo no es regulado por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre contrato de seguro sino por los artículos 737 a 805 CCO que no fueron derogados por la Disposición Final de la mencionada Ley. En el presente litigio también es cuestión a debate la aplicación o no al seguro marítimo del artículo 20 LCS y el TS en reiterada jurisprudencia (SS de 2 de diciembre de 1991, 22 de junio de 1992 y 13 de octubre de 1993) afirma que dicho precepto no es aplicable a la modalidad de seguro marítimo y por tanto no procede abonar intereses de demora, salvo que exista pacto entre las partes. (STS de 12 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don E. V. P. propietario de un buque de pesca tiene suscrito un seguro marítimo con la *Compañía Mercantil Adriática, S. A. de Seguros*. En febrero de 1987 el buque sufrió un incendio. Como consecuencia del siniestro las partes firmaron un finiquito para liquidarlo en el cual existía una cláusula en la que se acordaba que si antes del 31 de marzo de 1989 no se ejercía ninguna acción judicial, la compañía de seguros quedaría liberada de cualquier obligación respecto de ese siniestro. Don E. V. P. practicó un requerimiento notarial el 17 de marzo de 1989. Con posterioridad al 31 de marzo de 1989 don E. V. P. formuló demanda contra la compañía de seguros reclamando la cantidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó en parte la demanda. El TS estimó el recurso de casación planteado por la *Compañía Mercantil Adriática, S. A. de Seguros*, desestimó el recurso de casación interpuesto por don E. V. P. y confirmó en su integridad la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—En esta sentencia cuando se hace alusión al artículo 20 LCS debe entenderse que se está refiriendo a su redacción originaria y no a la nueva redacción del precepto que establece la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (M. J. P. G.)

65. Acción individual de responsabilidad de los administradores. Requisitos.—La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que la acción individual de responsabilidad del artículo 81 LSA de 1951 (hoy art. 135 del Texto Refundido de 1989) debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se produzca un daño directo a los socios o terceros (SSTS de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991, 26 de febrero de 1993 y 10 de diciembre de 1996); b) Debe tratarse de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo (STS de 5 de diciembre de 1991); c) La actuación que provoca el daño debe ser dolosa o gravemente negligente (STS de 12 de abril de 1989); d) Relación de causalidad entre el acto ilícito de los administradores y el daño sufrido por el socio o el tercero (STS de 12 de abril de 1989). (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. M. G. (que fue Director gerente de *Euromark, S. A.*) interpuso demanda contra *Euromark, S. A.*, y contra los tres miembros de su Consejo de Administración, don J. O. M., don J. M. O. M. y don J. O. M. sobre reclamación de daños y perjuicios,

solicitando que se condenase solidariamente a los demandados a pagar la cantidad que en ejecución de sentencia se acredite.

El Juzgado de Primera Instancia estimó el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. J. P. G.*)

66. Protección del usuario extrarregistral de marca.—Para el ejercicio de las facultades que la ley concede al usuario de una marca no registrada es necesario acreditar tal condición de usuario extrarregistral, lo que puede verificarse ya «a través de una referencia general al mercado», ya mediante la prueba de haber venido usándola al margen del registro, con independencia de la existencia de acuerdos previos que le habilitaran para utilizar esa marca.

Licencia de marcas.—Para que una cesión o licencia de marca afecte a terceros se requiere su presentación por escrito e inscripción en el Registro de Marcas, incluso tratándose de una marca no formalmente registrada en España pero de uso acreditado en nuestro país. La licencia no inscrita produce exclusivamente efectos *inter partes*. (**STS de 7 de marzo de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Cables Especiales Levante, S. A.*, interpone demanda en juicio declarativo ordinario sobre publicidad ilícita y mejor derecho de marca contra *J. S. Distribuciones, S. A.*, como consecuencia de un anuncio publicitario en prensa escrita a instancias de ésta en el que, «como licenciataria en exclusiva de España para la distribución de cables eléctrico y electrónicos bajo la marca *Eurocavi Ceam* (precedida de cierto distintivo gráfico)» manifestaba su propósito de emprender acciones legales contra la ahora demandante por comercializar productos semejantes bajo la marca *Eurocavi Cel*, precedida de los mismos distintivos anteriormente reseñados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su totalidad, declarando ilícita la publicidad y condenando a la entidad demandada a publicar parte de la sentencia condenatoria así como a una rectificación cuyo contenido señala. Interpuesto recurso de apelación por *J. S. Distribuciones, S. A.*, la Audiencia lo estima en parte modificando el contenido de la rectificación. La misma empresa recurre en casación. (*A. G. G.*)

67. Efectos de la declaración de suspensión de pagos.—La declaración de suspensión de pagos no incapacita para obrar al suspenso; simplemente lo somete a la intervención de los interventores o a las limitaciones impuestas por el juez a su actividad gestora. En el ámbito procesal esta circunstancia se concreta en la legitimación del suspenso para ejercitar por sí mismo las acciones convenientes a su patrimonio que estime oportunas, informando los interventores de ello al Juez.

Alcance de la intervención.—No es necesaria la concurrencia de los interventores al otorgamiento de poderes a pleito, dado que no lo exige así la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

Acción del tomador del seguro contra la entidad aseguradora.—El hecho de que la ley conceda a los terceros perjudicados acción directa en virtud de un contrato de seguro no priva de acción al tomador del seguro. (**STS de 30 de noviembre de 1995**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Hierros Novoa, S. A.*, contrató un seguro contra *Amaya, S. A.*, que cubría los daños que pudieran sufrir las instalaciones que tenía arrendadas para el desarrollo de su empresa de desguace de barcos. Resultando afectados por un incendio, con posterioridad, los bienes asegurados, la sociedad aseguradora se negó a hacer frente al pago de la suma de dinero a que ascendía su reparación, cuyo presupuesto había aceptado previamente, hecho que provocó la interposición de una demanda sobre reclamación de cantidad por parte de *Hierro Novoa, S. A.*, que, a su vez, había sido objeto de una declaración de suspensión de pagos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a *Amaya, S. A.*, al pago de la cantidad presupuestada más los intereses legales correspondientes. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la demandada, recurre en casación ante el TS. (A. G. G.)

DERECHO PROCESAL

68. Artículo 24 CE. Tutela judicial efectiva.—La infracción de normas procesales esenciales, para que prospere una impugnación en casación, ha de venir acompañada de indefensión tal como es definida por el TC, es decir, como la privación de un instrumento procesal reconocido por el ordenamiento, con violación del principio de contradicción o defensa, produciéndose un perjuicio a los intereses del afectado. En cuanto a la incorrecta aplicación de las normas jurídicas sustantivas, no es materia que suponga un atentado a los derechos fundamentales, al no existir como establece el TC, el derecho a obtener una sentencia de conformidad. Respecto de la motivación de las sentencias, se recoge la doctrina constitucional que exige la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada permitiendo su eventual control jurisdiccional por medio de los recursos.

Nulidad de actuaciones.—El TS establece la inadecuación de un posterior juicio declarativo para la declaración de nulidad de las actuaciones de un proceso declarativo anterior. En apoyo de esta tesis el Tribunal cita jurisprudencia y la STC 185/1990, de 15 de noviembre, que, al interpretar el artículo 240 LOPJ, establece tres vías para invalidar las actuaciones viciadas: la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), la declaración de oficio por parte del órgano judicial siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ), los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 *in fine* LOPJ). Sí sería posible plantear procesos plenarios sobre nulidad de actuaciones sucedidas en procesos sumarios y que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos. (STS de 4 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Un inmueble del demandante fue subastado a consecuencia de un juicio de cognición celebrado en rebeldía, objeto de un recurso de audiencia al rebelde posterior. El demandante interpone, una vez concedida la audiencia, juicio declarativo por el que solicita la nulidad de pleno derecho de las actuaciones posteriores al emplazamiento, según él defectuoso, que se le hizo en el juicio de cognición antes citado (y en especial de la sentencia recaída en éste). El Juzgado absuelve en la instancia por incompetencia funcional, siendo su decisión objeto de apelación que se estima en cuanto a una indemnización

solicitada pero no respecto de la nulidad de las actuaciones. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (P. A. N.)

69. Responsabilidad de la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil cuando no existe relación contractual de carácter administrativo.—La jurisdicción civil es la competente para conocer de los casos en que la Administración, en sus relaciones con los particulares, no actúa como poder público, revestida de *imperium*, con las prerrogativas que le vienen atribuidas por la Ley; lo que acontece cuando su actividad no es encuadrable en ninguno de los contratos administrativos nominados (de obras, servicios y suministros), ni en cualquier otro contrato de contenido patrimonial que, por declararlo así una Ley, tengan carácter administrativo por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan preciso una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Enriquecimiento injusto de la Administración Pública. Su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil cuando se origina en relaciones de carácter privado.—Si la acción que se ejercita es una acción de enriquecimiento injusto de carácter civil y, teniendo en cuenta que el enriquecimiento ilícito late en la entraña de todo cuasicontrato, el conocimiento de la misma corresponde a la jurisdicción ordinaria, al no existir una relación contractual de carácter administrativo entre las partes, con los efectos que de ella derivan. Por tanto, cuando lo que se ejercita es una acción nacida de relaciones privadas, con ausencia absoluta de vínculos de naturaleza administrativa, se origina la prevalencia de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. (STS de 30 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las dificultades económicas que atravesaba el Ayuntamiento de Santa Pola, don B. J. T. construyó con su dinero unas instalaciones deportivas en un solar propiedad del Municipio. La Corporación hizo suyo dichas construcciones y las incorporó a su patrimonio. Años después don B. J. T. reclamó el importe de las obras al Ayuntamiento y, a su fallecimiento, su esposa continuó con la reclamación. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda de esta última. La Audiencia Provincial, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, rebajó el importe de la condena. El TS confirma la sentencia de la Audiencia y no da lugar a la casación. (I. D.-L.)

70. Criterios para determinar la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.—En los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios (art. 41 LRJAE). En aquellos casos en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo [arts. 40 LRJAE, 3, b) LJCA y 128 LEF]. Sin embargo, la solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la *vis atractiva* (art. 9.2

LOPJ) aconseja atribuir la competencia a la jurisdicción civil, especialmente para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continencia de la causa (SS de 28 de abril de 1992 y de 2 de junio de 1993).

Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la Administración actúa a través de agente de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones.—El *ius imperii* del que está investida la Administración en la realización de sus actos, se extiende también a los agentes de la Guardia Civil cuando su actuación se desarrolla en el marco de un acto de servicio prestado como componente de dicho Cuerpo. Por lo que el resultado de su conducta ha de encuadrarse como una consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, del que habla el artículo 40 LRJAE, lo que determina que el conocimiento del caso de autos corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa (S de 31 de octubre de 1995). (STS de 2 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. M. P. falleció a consecuencia de un disparo efectuado por un cabo de la Guardia Civil, cuando participaba activamente en una manifestación que tenía lugar en Oviedo. Su mujer e hijos, sobre la base de la existencia de responsabilidad objetiva de la Administración (art. 40 LRJAE), promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra el agente de la Benemérita, el Ministro del Interior y la Administración Central del Estado, solicitando la condena solidaria de los demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados por la muerte. El Juzgado de Primera Instancia, acogiendo la excepción de falta de reclamación previa en vía gubernativa, absolvió en la instancia a los demandados. La Audiencia Provincial consideró que existía responsabilidad extracontractual de los mismos (art. 1902 CC), revocó la sentencia del órgano inferior y estimó parcialmente la demanda. El TS, sin entrar en el fondo, da lugar al recurso y declara de oficio la incompetencia de la jurisdicción civil.

NOTA.—A partir de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la misma se rige por los artículos 139 a 146 de la citada Ley, y por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo («BOE» núm. 106, de 4 de mayo) que desarrolla los artículos 140 a 146 LRJAP-PAC. (I. D.-L.)