

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Rocio DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Esther MONTERROSO CASADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso del derecho.—La calificación de abusivo en el ejercicio de un derecho depende, según reiterada y unánime doctrina jurisprudencial, de los siguientes elementos: 1.º Uso de un derecho objetivo y externamente legal. 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva, cuando se intente producir en un tercero un daño o perjuicio, sin obtener a cambio beneficios propios. Es lo que la doctrina ha calificado de *animus nocendi*: intención dañosa, carente de una compensación equivalente (STS de 22 de septiembre de 1959, 4 de octubre de 1961...).

Se excluye de la figura del abuso del derecho la situación en la que «se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas», sin que con ello se traspase los límites de la buena fe y de la equidad. Esto iría en contra de la máxima *qui iuresuo utitur neminem laedit* (STS de 12 de febrero de 1966). (STS de 10 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado ejerció una acción interdictal de obra nueva, ejerciendo con ello el derecho a poner término a una situación jurídica, paralizando una en determinados terrenos en Sevilla, y causando con ello una serie de perjuicios. Ante esta situación, la sociedad perjudicada demandó al mismo ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando el pago de la cantidad de 26.285.288 pesetas por los daños causados. El Juzgado desestimó la demanda en su sentencia, que fue confirmada en apelación.

La sociedad recurre en casación ante el TS, alegando violación de los artículos 7.1, 7.2 y 1902 CC. El TS resuelve desestimando todos los motivos del recurso.

NOTA.—Para la aplicación del artículo 7.2 CC, en el que se refleja la figura del abuso del derecho, es necesario la concurrencia de diversas circunstancias: *a)* subjetivas, o intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo; y *b)* objetivas, de exceso o anor-

malidad en el ejercicio del derecho y producción de un perjuicio injusto (SSTS de 14 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 5 de abril de 1993).

Con referencia a las acciones interdictales, para aplicar el artículo 7.2 CC, es necesario atender a la intención del autor, al objeto y circunstancias de la relación, que sobrepasen los límites normales del ejercicio del derecho. Para dar lugar a los daños indemnizables, es preciso que la acción interdictal «resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia» (STS de 15 de diciembre de 1992 y 5 de junio de 1995). En la sentencia de 3 de julio de 1997, el TS declara que para que la acción interdictal se enjuicie como manifiestamente infundada «ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en juicio interdictal». (P. S. S.)

2. Interrupción del plazo de prescripción anual por incoación de procedimiento penal. Función e interpretación del cómputo de los plazos.—La prescripción, como institución necesaria para el orden social y para la seguridad jurídica, introducida en atención al orden público, es una limitación al ejercicio extemporáneo y tardío de las acciones. La incoación de un proceso penal, al tener dicha vía carácter preferente frente a la vía civil, interrumpe el plazo anual de prescripción del artículo 1902 CC en virtud del artículo 1974 CC. En la llamada acción civil derivada de delito, en los supuestos en los que el perjudicado se hubiese reservado el ejercicio de la acción, al ser «una institución que no se encuentra fundada en la justicia intrínseca, ha de merecer un tratamiento restrictivo» (FD 2.º). Puesto que el perjudicado en un proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño hasta que no hayan finalizado las actuaciones penales, es crucial que tenga conocimiento de las mismas, ya que la falta de notificación «es contraria al derecho al acceso al proceso en el orden civil, que el artículo 24.1 CE le reconoce» (FD 3.º).

Fijación del *dies a quo*. Distinción entre la fórmula «visto» y la fórmula «puesta en conocimiento del Juzgado».—En sentencia de 9 de mayo de 1986, a efectos de fijar el *dies a quo* para el inicio del cómputo anual del ejercicio de la acción civil *ex* artículo 1902 CC, el TS vino a distinguir entre la fecha de la fórmula «visto», y la fecha de «puesta en conocimiento del Juzgado», siendo esta última el hito del que se ha de partir para el cómputo del plazo, ya que es el momento a partir del cual dicho acuerdo referido a las actuaciones penales no adquiere «expresión externa efectiva, a los efectos de los que por ella afectados, concretamente los perjudicados» tengan conocimiento de la firmeza de dichas actuaciones penales. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 25 de marzo de 1987 se produjo un incendio en un inmueble que rápidamente se propagó, quedando dicha nave completamente destruida y las viviendas de los pisos superiores seriamente afectadas. El citado almacén se encontraba arrendado a don Albert C. M., quien giraba bajo el nombre comercial de *Sumeva*, por don Miguel B. R., estableciéndose como destino pactado su dedicación a almacén y venta de artículos de construcción y derivados. El almacén no cumplía con las exigencias contenidas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. En el mismo no sólo se guardaban en el momento del incendio materiales no combustibles destinados a la construcción, sino también otros fácilmente inflamables como plásticos, colas y dos vehículos de la empresa.

Don Albert C. M. tenía concertada con la *Cía. Aseguradora C. O.*, una póliza de seguro multirriesgo de pequeña y mediana empresa,

que cubriría varios apartados relativos a incendio y la responsabilidad civil frente a terceros, siendo los límites de cobertura en este último apartado un máximo de 20.000.000 de pesetas. Por su parte, el arrendador, propietario de la nave, y sus hermanos don Ramón, don Pedro y doña Mercedes B. R., propietarios de las viviendas superiores del inmueble, tenían igualmente concertada con la entidad *E. H. L., S. A.*, pólizas de seguro sobre el inmueble y sus construcciones.

Interpuestas sendas demandas en primera instancia por cada uno de los hermanos contra arrendador y arrendatario y las respectivas compañías aseguradoras, reclamando el pago de los desperfectos sufridos en cada uno de los inmuebles; por el arrendador y su compañía de seguros contra el arrendatario y la *Cía. Aseguradora C. O., S. A.*; y por don José Luis, O. D. y la *U. I., Seguros y Reaseguros, S. A.*, contra don Albert C. M., como representante de *Sumeva*; todas ellas fueron acumuladas. Condenados los demandados al pago de las sumas reclamadas por los hermanos, desestimó el Juzgado de Primera Instancia los pedimentos entre arrendador y arrendatario, y de los de don José Luis O. D. y la compañía aseguradora frente a don Albert C. M., «por prescripción de la acción». Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Miguel B. R, don José Luis O. D. y dos de las compañías aseguradoras, la Audiencia Provincial, confirmó el fallo en cuanto a la condena de don Albert, C. M. y revocó la sentencia en lo referente a la reclamación del arrendador, don Miguel, frente al arrendatario, don Albert. Formulado recurso de casación por la representación de don Albert, por infracción de los artículos 1968 y 1969, en cuanto al cómputo de la prescripción de la acción civil *ex artículo 1902*, y por infracción de los artículos 1554 y 1485 CC, el TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia anotada viene a reiterar la doctrina que el TS de modo reiterado mantiene sobre la prescripción y el cómputo de los plazos, y en concreto la contenida en las sentencias de 25 de marzo de 1996 y 26 de septiembre de 1997, así como la seguida por la jurisprudencia del TC. En la fijación del plazo *a quo* para el inicio del cómputo, el TS va más allá de la simple puesta en conocimiento del Juzgado y el conocimiento de los que fueron parte, sino que requiere que se produzca la notificación. Dicha notificación se debe realizar no sólo a los que fueron parte en el procedimiento penal, sino también a todos los perjudicados, puesto que hasta que no tengan conocimiento de la finalización de las actuaciones penales no pueden reiniciar el ejercicio de la acción civil, puesto que sólo de esta manera queda a salvo el derecho al acceso a los tribunales, y en concreto, a la vía civil (art. 24 CE). (*R. D. O.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Título nobiliario. Prescripción adquisitiva y prescripción extintiva. Equiparación de los plazos.—Si jurisprudencia consolidada del TS exige para la adquisición mediante prescripción adquisitiva de un título nobiliario, la posesión ininterrumpida del mismo durante cuarenta años, resultaría contrario a la lógica jurídica mantener que la acción para hacer valer el mejor derecho a una dignidad nobiliaria prescribe por el transcurso de quince años. Es por ello por lo que el TS (SSTS de 6 de marzo de 1991, 21 de febrero de 1992, 16 de noviem-

bre de 1994 y 26 de diciembre de 1996) mantiene que los plazos de ambos tipos de prescripción deben equipararse en el ya mencionado de cuarenta años.

Título nobiliario. Efectos de la posesión civilísima.—El TS (SSTS de 9 de junio de 1964 y 27 de marzo de 1985) afirma, interpretando la Ley XLV de Toro, que la posesión civilísima sólo opera en favor del heredero y no de cualquier pariente del causante. (STS de 7 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. L. C., Vizconde de Benaoján, fallece en 1933 sin descendientes. En julio de 1940, su hermano don A. L. C. solicita a la Diputación de la Grandeza de España autorización para usar el mencionado título nobiliario, siéndole concedida el 12 de noviembre de 1940.

Posteriormente, en abril de 1950, don A. L. C. solicita la convalidación de la sucesión en el título de Vizconde de Benaoján. Mediante Decreto de 7 de diciembre de 1951 se convalida, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la sucesión en el citado título nobiliario, concedida por la Diputación de la Grandeza, a favor de don A. L. C., por fallecimiento de su hermano. Se expide Carta de Sucesión con fecha de 9 de mayo de 1952.

Del examen de diferentes pruebas se deduce que desde el 12 de noviembre de 1940, don A. L. C. ha utilizado de forma pacífica y sin interrupción el título nobiliario de Vizconde de Benaoján.

Don M. L. M. interpuso demanda contra don A. L. C., suplicando se declarase la nulidad o ineficacia de cualquier cesión o distribución *inter vivos* o *mortis causa* del título de Vizconde de Benaoján, así como su mejor derecho a ostentar dicho título nobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

4. Título nobiliario. Prescripción adquisitiva.—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio de 1986, 24 de abril de 1989 y 16 de noviembre de 1994) mantiene que la prescripción adquisitiva de un título nobiliario se produce por la posesión pacífica, constante, mantenida y no interrumpida de éste durante cuarenta años.

Título nobiliario. Cómputo del plazo de la prescripción adquisitiva.—Afirma el TS que el plazo inicial de la prescripción adquisitiva de un título nobiliario debe empezar a computarse desde la fecha en que comienza la posesión pública y pacífica de la merced nobiliaria (por ejemplo, desde la fecha de la escritura pública de cesión del título nobiliario). (STS de 17 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco de Asís H. y C. cedió, por medio de escritura pública otorgada el 9 de julio de 1946, a su hermana, doña M. A. H. y C., el título nobiliario de Marqués de Santa Cruz de Paniagua. La cesión fue aceptada por la interesada. La Diputación de la Grandeza, con fecha de 24 de enero de 1947, reconoció la validez de la cesión en favor de doña M. A. H. y C., así como el derecho de ésta al disfrute y uso público del mencionado título nobiliario.

El Decreto de 18 de abril de 1952 convalidó, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la sucesión concedida por la Diputación de la Grandeza a favor de doña M. A. H. y C., vacante por fallecimiento de su tío don P. H. L.

Como consecuencia del fallecimiento de doña M. A. H. y C., con fecha de 25 de febrero de 1966 se otorga Carta de Sucesión en el título de Marqués de Santa Cruz de Paniagua a favor de su hijo, don A. C. y H.

Don L. J. H. I. interpone demanda contra don A. C. y H., suplicando, entre otras cosas, se declarase la nulidad de la cesión realizada en 1946, así como su mejor o preferente derecho para llevar, usar y poseer el título nobiliario de Marqués de Santa Cruz de Paniagua.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

5. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos.—Cuando entran en colisión estos dos derechos de rango constitucional, el TC tiene establecido que la delimitación entre ambos debe hacerse caso por caso, mediante un ejercicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en el mismo, pero teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, de la libertad de información. Para que pueda predicarse esta prevalencia hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1. Que la información transmitida sea veraz, es decir, que haya sido comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa; 2. Que esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general; y 3. Inexistencia de expresiones que hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces sean cuales fueren los usos sociales del momento.

Derecho a la intimidad y libertad de información.—No tiene la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad la publicación de datos relativos a una persona cuando la fuente de conocimiento de estos datos en cuestión es «su constancia en unas diligencias penales cuyo acceso le fue permitido a la periodista». (STS de 23 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Gerente y el Director-Encargado de la entidad *Joyería Pedro Álvarez, S. A.*, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre protección de los derechos al honor e intimidad contra *Editorial Prensa Asturiana, S. A.*, la periodista de este diario, doña Ángeles Solís, y otros, debido a una publicación aparecida en el diario *La Nueva España*, en la que se hacía referencia al enfrentamiento entre los grupos familiares del accionariado de aquella entidad, y en particular, a la existencia de unas diligencias penales en trámite contra el Gerente y el Director-Encargado, relativas a la desaparición de una valiosa colección de joyas y monedas, recayendo finalmente sentencia absolutoria para los querrelados, ahora demandantes. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la misma.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente este recurso únicamente en lo relativo al pronunciamiento de costas, confirmando los demás pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Se reitera nuevamente por la Sala Primera del TS (*vid.* SS de 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 28 de marzo y 20 de diciembre de 1994, 25 de marzo y 15 de julio de 1995 y 25 de noviembre de 1997, entre otras) la doctrina general mantenida por el TC sobre la resolución de los conflictos que puedan plantearse entre el derecho al honor y la libertad de información (*vid.* SS. 107/1988, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992). En este caso, se hace especial hincapié en el carácter noticiable de los hechos divulgados y en la relevancia pública e interés general de los mismos, y en su veracidad. Así, no cabe dudar

de tal relevancia pública, aunque ésta quede circunscrita a un ámbito regional determinado, pues «no puede pretenderse que semejante interés tuviese que depender de una divulgación producida en un ámbito de considerable extensión geográfica». Por cuanto a la veracidad de los hechos, ésta ha quedado, a juicio del Tribunal, perfectamente demostrada, por cuanto la noticia tuvo como fuente de conocimiento unas diligencias penales, que fueron reproducidas y narradas fielmente en la información periodística.

Por otro lado, no entiende el Tribunal que tal divulgación dé lugar a la intromisión ilegítima establecida en el artículo 7, apartado 4, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo («La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela»). (A. G. C.)

6. Libertades de expresión e información y derecho al honor. Existencia de expresiones denigrantes o vejatorias.—Cuando entran en colisión derechos fundamentales de rango constitucional como son, por un lado, las libertades de expresión y de información, y por otro, el derecho al honor, la determinación de cuándo deben prevalecer unos u otros debe hacerse partiendo de la fundamental distinción entre ideas, opiniones o valoraciones (libertad de expresión) y hechos y noticias (libertad de información) (*vid.* STC 172/1990 y SSTs de 22 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993) y llevarse a cabo conforme a las directrices fijadas por la doctrina constitucional, seguida por el TS. En este sentido, una de esas directrices es que cualquiera que sea la libertad de que se trate (de expresión o la de información), «lo cierto es que ni la una, ni la otra, permiten la referencia a tales personas con expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias para las mismas y para su dignidad personal y concepción social».

Falta de fijación del *quantum* indemnizatorio y de las bases conforme a las cuales debe hacerse la liquidación. Infracción del artículo 360 LEC.—«La regla primera y general, en materia de condena a una indemnización de daños y perjuicios, es la de que el *quantum* de la misma debe ser fijado en la propia sentencia, y sólo en el caso de que ello no sea posible, se puede relegar su fijación (únicamente en cuanto a la determinación de su cuantía, no en lo atinente a la prueba de su existencia, que ineludiblemente ha de hacerse en el proceso) para la fase de ejecución de sentencia, estableciendo las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, a no ser que esto último tampoco sea posible hacerlo en la sentencia». (STs de 8 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña María Luisa M. P. interpuso demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales como consecuencia de la publicación de determinadas informaciones aparecidas en varios números de la revista *Época*, en su sección *La vida en rosa* contra el autor de dicha sección, don Jesús Mariñas, el Director de la revista, don Jaime Campmany, y la propietaria de la misma, *Difusora de información periódica, S. L.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente y declarando, entre otros extremos, que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, pero no en el derecho a la intimidad, concediendo una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de primera instancia, modificándola sólo en el sentido de fijar como límite a la indemnización el de 50 millones de pesetas, en congruencia con lo pedido por el demandante.

Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente en el sentido de declarar que no procede la determinación de la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia, fijándola en cinco millones de pesetas.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS resuelve la colisión entre las libertades de expresión y de información, por un lado, y el derecho al honor por otro, reiterando la doctrina sentada anteriormente, entre otras, por las SSTs de 4 de noviembre de 1986 y 25 de marzo de 1995, en el sentido de dar prevalencia a este último derecho, cualquiera que sea de aquéllas la que entró en conflicto con él, cuando, de forma innecesaria para el ejercicio de estas libertades, se atribuyen gratuitamente a una persona identificada con su nombre y sus apellidos hechos u opiniones que la hagan desmerecer del público aprecio y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento.

Esta es la razón por la que el TS mantiene la declaración del Tribunal de instancia relativa a la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. La estimación parcial del recurso de casación procede por la infracción, por parte de la Audiencia Provincial, del artículo 360 LEC, por cuanto ésta disponía de los suficientes elementos de juicio durante el proceso para fijar la cuantía de la indemnización en forma líquida, o al menos, determinar las bases para ello, lo que no hizo, infringiendo por ello aquel precepto. (A. G. C.)

7. Derecho a la propia imagen.—No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de imagen como derecho de la personalidad, lo que ha sido suplido por la labor llevada a cabo por la jurisprudencia para la delimitación de dicho concepto. Así, se entiende por tal la representación gráfica de la figura humana mediante cualquier procedimiento mecánico apto para su reproducción, y en sentido jurídico habrá de entenderse «la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad» (STS de 11 de abril de 1987, seguida posteriormente, entre otras, por las SSTs de 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992 y 7 y 21 de octubre de 1996).

Pero además, debe entenderse incluida dentro de este concepto «la reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten, de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad». (STS de 30 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio Aragón Álvarez interpuso demanda de juicio incidental sobre protección del derecho a la propia imagen contra la mercantil *Proborín, S. L.*, como consecuencia de un anuncio publicitario consistente en una reproducción gráfica por ordenador acompañada de determinadas frases, que el demandante consideraba aludían claramente a su imagen. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la misma.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso interpuesto y, estimando la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del demandante y condenó a *Proborín, S. L.*, al pago de 500.000 pesetas por daños morales y en la suma a determinar en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo,

desestimando la demanda y confirmando la sentencia de primera instancia.

NOTA.—La presente sentencia debe incardinarse en la labor llevada a cabo por la jurisprudencia, a falta de definición legal, para la delimitación del concepto de imagen a los efectos de proceder a su protección conforme a las prescripciones de la LO 1/1982, de 5 de mayo. En este sentido, la STS de 11 de abril de 1987, citada y seguida unánimemente con posterioridad, entiende por imagen la representación gráfica de la figura humana mediante cualquier medio técnico apto para obtener su reproducción. Pero, de acuerdo con la sentencia que anotamos, el concepto de imagen debe extenderse también a otras representaciones en las que, aunque no aparezca físicamente la figura humana o la representación gráfica de la figura humana de una persona concreta, se identifica de forma evidente y clara de manera que resulte indubitada su reconocibilidad. Es decir, en el concepto de imagen se incluye tanto la figura humana identificada como la identificable.

En este último caso (figura humana identificable), debe desplegarse, por parte del demandante, don Emilio Aragón, que alega intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, una actividad probatoria suficiente para, sin ningún género de duda, poder demostrar que las representaciones utilizadas identifican objetivamente su imagen. En el presente caso, el TS entendió que tal actividad probatoria no había producido ese resultado, discrepando, en este sentido, del parecer de la mayoría de la Sala, el Magistrado Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz con la formulación de un voto particular. (A. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

8. Simulación contractual.—La figura de simulación en los contratos surge cuando no existe causa, por responder el contrato a otra finalidad jurídica distinta.

La fe pública otorgada a los contratos no se extiende a las intenciones o propósitos de las partes contractuales; el documento público dará fe del hecho en sí y de su fecha «pero no de su verdad intrínseca». Por ello, la existencia de simulación no se opone a la realización del contrato ante fedatario público.

Diferentes son las clases de simulación: *a)* absoluta, cuando el propósito negocial no existe, debido a la carencia de causa; y *b)* relativa, cuando el negocio aparente encubre otro real o disimulado, «persiguiendo la destrucción de lo simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado». (STS de 27 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se realizó un contrato de compraventa sobre una finca propiedad de los demandantes, por el precio de 62 millones de pesetas, operación a la que se dio forma de aportación de capital *in natura* a la sociedad demandada, cuyo máximo responsable es el también codemandado; y combinado con una opción de compra a favor de la codemandada y máxima accionista, y con un contrato privado de compraventa de un cuadro cuyo precio se fijó en 62 millones de pesetas, llevándose a cabo ambos negocios jurídicos en el mismo momento. Los propietarios de la finca presentaron demanda en el Juzgado de Primera Instancia contra los codemandados, suplicando dictar sentencia en la que se les declarase como únicos propietarios

de la finca, además de la nulidad de la aportación a la sociedad y de la escritura de opción de compra. La sentencia estimó la demanda, siendo recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que estimó parcialmente el recurso. Los demandados recurrieron en casación ante la Sala 1.ª del TS, estimándolo parcialmente, puesto que se declara la nulidad por simulación relativa de la aportación del bien y de la opción de compra, y la existencia de un contrato de compraventa por 62 millones de pesetas entre demandante y demandado.

NOTA.—La fe pública notarial, según doctrina jurisprudencial, acredita el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, «pero no la realidad intrínseca de lo manifestado», compaginando ello con el principio de la legitimación registral (SSTS de 28 de abril y 29 de julio de 1993).

Por otro lado, la simulación contractual, que es absoluta cuando existe carencia total de causa, y relativa cuando la voluntad contractual representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero (SSTS de 28 de abril y 29 de julio de 1993), va a derivar efectos distintos según nos hallemos ante una u otra. La simulación relativa proviene de la falsedad en la causa del contrato disimulado, cuya sanción consistirá en la aplicabilidad del negocio que en realidad se ha querido evitar realizar. (P. S. S.)

9. Contratos abstractos. Reconocimiento de deuda. Presunción de existencia y licitud de causa.—El artículo 1277 CC viene a representar un apoyo legal en pro de la existencia de los llamados «contratos abstractos», pero sin que ello signifique la admisión de contratos sin concurrencia de causa alguna. Tal apreciación sería contraria al contenido del artículo 1261 en cuanto que éste condiciona la existencia del contrato a los requisitos de previo consentimiento, objeto y causa. Lo que permite entender que el contrato abstracto es aquel cuya declaración de voluntad no expresa la causa, al permanecer oculta en la intención de los contratantes, pero su existencia es tan esencial como en los «contratos causales». Por otro lado, el repetido precepto, lo que establece es una clara presunción *iuris tantum* de la existencia y licitud de la causa, que favorece al acreedor al exonerarle de prueba y desplaza la carga probatoria sobre el deudor. Ello permite asignar al reconocimiento de deuda un carácter eminentemente contractual, a no ser que se acredite su ilicitud o inexistencia. (STS de 13 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado, el Sr. B. M. R. reconoció adeudar al Sr. M. S. S. la cantidad de 7.630.000 pesetas y se comprometió a abonarle la misma mediante el pago de setenta y seis letras de cambio. Impagadas dieciséis de las letras, el Sr. M. S. S. interpone demanda de declaración de vencimiento de la totalidad de la deuda y de reclamación de pago. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. B. M. R., la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

10. Condiciones generales de la contratación. Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión.—La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, expone en el artículo 10 la normativa relativa las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso. Es claro que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro

del concepto de condición general que define la propia ley (art. 10.2). La compradora, como destinataria final del producto, es consumidor o usuario (art. 1.2).

Condiciones generales de la contratación. Requisitos.—El requisito de concreción, claridad y sencillez de las condiciones generales, con posibilidad de comprensión directa [art. 10.1.a)], significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo.

Buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.—El artículo 10.1.c) LG-DCU exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el núm. 3 de este apartado. La cláusula de sumisión del presente caso es abusiva porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la compradora: el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio, con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa vendedora tiene otro potencial económico y delegaciones que pueden actuar por cuenta de la misma. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (SS de 23 de julio de 1993 y 5 de julio de 1997, entre otras).

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.—La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define las cláusulas abusivas (art. 3) y contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Entre ellas está 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 cubierto por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición... Según el artículo 6 de la Directiva: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional...».

Efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias no transpuestas dentro de plazo.—Tal Directiva debía ser transpuesta al Derecho español, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, tal como dice su artículo 10, lo cual no ha sucedido. La jurisprudencia apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no transpuestas en el plazo ordenado (S de 18 de marzo de 1995): no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, producen el efecto vertical, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber transpuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha transpuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato (SS de 8 y 30 de noviembre de 1996 y 5 de julio de 1997). (STS de 20 de febrero de 1998.)

HECHOS.—Don José Ramón B. F. había celebrado un contrato con una editorial. La sentencia no dice de qué era el contrato, pero consta que las partes estipularon en el mismo una cláusula de sumisión expresa. Ésta era «un inciso redactado en letra muy pequeña y en el contexto de otros contenidos estipulativos que dice “en relación a este contrato me someto a los Tribunales de Barcelona, renunciando a mi propio fuero”. Ha de hacerse constar que, a efectos de mayor inad-

vertencia del inciso que se comenta éste se sitúa, dentro del párrafo “condiciones” y viene precedido de una letra “negrita” más visible, aunque, también, diminuta que provoca la desviación de la vista hacia ella». La editorial interpuso demanda de reclamación de cantidad contra la otra parte, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. El demandado interpuso inhibitoria ante el Juzgado de igual clase núm. 2 de Sanlúcar la Mayor (Sevilla). El Juzgado de Barcelona se opuso a la inhibición y las actuaciones se remitieron al TS. La sentencia declara que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de Sanlúcar la Mayor.

NOTA.—La sentencia reconoce efecto directo horizontal a una Directiva comunitaria no transpuesta dentro de plazo (puede verse la nota a la STS de 28 de noviembre de 1997, *ADC*, 1998-III). Aunque aduce la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, éste mantiene que las Directivas no transpuestas en plazo no tienen efecto directo horizontal, aunque sí vertical (STJCE de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, Rec. 1994, pp. 1-3347; en la doctrina reciente puede verse Irene Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 44-62). La cláusula podía ser nula conforme al artículo 10.1.c) LGDCU, lo que habría hecho innecesario el pronunciamiento de la sentencia sobre la Directiva. (A. R. G.)

11. Cláusulas abusivas. Definición.—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 12 de julio, 14 de septiembre, 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996 y 1 de febrero de 1997), inspirada por la Directiva de 5 de abril de 1993, considera abusivas aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente cuando, a pesar de la exigencia de buena fe implícita en todos los contratos, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por lo tanto, en opinión del TS el carácter abusivo de la cláusula se determina por el desequilibrio y no por el tipo de letra en que aparezca expresada la misma o por su situación dentro del contrato. La doctrina jurisprudencial que enuncia estos criterios se apoya en el artículo 10.1.c) LGDCU, de 19 de julio de 1984.

Cláusulas abusivas. Cláusula de sumisión a tribunales.—El TS califica de cláusula abusiva la de sumisión a tribunales que no haya sido negociada individualmente, ya que obliga a una de las partes (por lo general, el consumidor) a desplazarse para litigar a la localidad en que la otra parte tiene su domicilio y asesoría jurídica. Este claro desequilibrio en detrimento del consumidor determina el carácter abusivo de la cláusula.

Prueba de las cláusulas abusivas.—El TS parte de la base de que una cláusula contractual no ha sido negociada de forma separada si ha sido redactada con anterioridad a la negociación y sin que el consumidor tuviera oportunidad de influir sobre su contenido. A estas cláusulas las denomina el TS: cláusulas tipo. En estos casos, la carga de la prueba cae del lado de aquel que afirme que tal cláusula ha sido negociada individualmente.

Competencia por inhibitoria. Sumisión expresa.—El artículo 57 LEC exige, para la sumisión a un fuero diferente al propio, una renuncia clara y terminante. A juicio del TS, tal renuncia no se da cuando aparece en el seno de una cláusula contractual como inciso de una frase más extensa y expresiva de otros aspectos. (STS de 25 de febrero de 1998.)

HECHOS.—La entidad *Planeta Crédito* formuló ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona demanda en reclamación de can-

tividad contra don F. M. S. R., ante el impago del precio que éste le adeudaba por la compra de ciertas mercancías que ya le habían sido entregadas. El demandado, por su parte, presentó escrito formulando cuestión de competencia por inhibitoria ante los Juzgados de Primera Instancia de Málaga (localidad en que tenía su domicilio y en la que recibió la mercancía), por considerar que no había existido por su parte sumisión, ni expresa ni tácita, a los tribunales de Barcelona y que, por tanto, la competencia territorial se había de determinar conforme al artículo 62.1 LEC. El Juzgado de Primera Instancia de Málaga, oído el Ministerio Fiscal, dictó auto estimando su competencia en el caso, requiriendo de inhibitoria al Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, oído el Ministerio Fiscal, dictó auto denegando el requerimiento efectuado, pues en su opinión no procedía el mismo, porque había recaído ya sentencia firme. Las actuaciones se remitieron a la Sala Primera del TS que, tras oír al Ministerio Fiscal, dictó sentencia estimando la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de Málaga.

NOTA.—Por lo que respecta a las cláusulas abusivas, ha de tenerse en cuenta que la reciente Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril, modifica en su DA 1.ª la regulación que contenía el artículo 10 LGDCU y, además, añade un nuevo artículo, el 10 *bis*, reformando y completando con ello la regulación sobre este tipo de cláusulas. Junto a esto, se añade una DA 1.ª a la actual LGDCU en la cual se recoge una lista de cláusulas que se califican de abusivas. Esta lista tiene especial trascendencia en el caso presente, por el hecho de que, actualmente, en el núm. 27 DA 1.ª LGDCU se establece expresamente como cláusula abusiva la que suponga la sumisión expresa a fuero distinto al del lugar de cumplimiento de la obligación, entre otros, siguiéndose con ello la línea apuntada en esta sentencia.

Por otra parte, hay que destacar que en el párrafo 3.º del FD único de la presente sentencia alude el TS al artículo 58 LEC, cita que resulta errónea en cuanto al contenido que atribuye a dicho artículo, siendo lo correcto la referencia al artículo 57 LEC, como aquí se recoge. (A. M. M.)

12. Interpretación de contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria. Pena convencional.—Se plantea la licitud de que el *Banco Hipotecario de España* penalice a los actores con una indemnización que asciende a más de 13 millones de pesetas, alegando que se ha efectuado el reembolso del capital del préstamo hipotecario fuera de las fechas determinadas en la escritura constitutiva; cuestión que corresponde estudiar a través de las normas interpretativas de los contratos, contenidas en los artículos 1281 ss. CC. La literalidad de las cláusulas contractuales como primera regla interpretativa no dejan margen para la duda: si el banco llegó a entender que, respecto del préstamo, la notificación convenida para llevar a cabo la cancelación no se había cumplido, pudo perfectamente negarse a admitir la cancelación que se solicitaba, pero en ningún caso estaba facultado para convertir ese supuesto incumplimiento en una pena indemnizatoria de más de trece millones de pesetas, que nadie había previsto ni pactado.

Cláusula abusiva.—Cabe añadir que al presente caso procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley 24/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuyo artículo 10, apartado c), números 3, 4 y 5,

se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que no coinciden en el supuesto que estudiamos. (STS de 24 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique B. P. obtuvo del *Banco Hipotecario de España* dos préstamos con garantía hipotecaria. El plazo de duración del préstamo se estableció en un «período fijo» de un año, prorrogable por el prestatario por semestres y hasta un máximo de quince años. Para el ejercicio de la facultad de prorrogar se debía notificar fehacientemente al banco, antes de que transcurriese un mes desde el último día del período fijo, o del correspondiente semestre de las eventuales prórrogas. De no ejercitarse la facultad de prorrogar, el reembolso del capital debería hacerse mediante aviso al banco con un mes de antelación a la fecha del pago. El propietario vendió la finca a una sociedad mercantil, que se subrogó en la garantía hipotecaria y retuvo del precio una cantidad para levantar las cargas hipotecarias. El banco efectuó una liquidación global que incluía trece millones de pesetas en concepto de indemnización, por realizarse el reembolso fuera de las fechas convenidas. El prestatario pagó dicha cantidad, pero interpuso demanda contra el banco para su devolución. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Málaga, como la Audiencia Provincial de la misma ciudad, estimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el banco, pues éste aceptó el reembolso voluntariamente. (A. R. G.)

13. Interpretación del contrato. Reglas de interpretación. Orden de aplicación.—Según la doctrina del TS (entre otras, STS de 30 de junio de 1996) las reglas de interpretación que se recogen en los artículos 1281 a 1289 CC se subordinan y complementan las unas a las otras. En este sentido, el rango preferente lo ocupa el párrafo 1.º del artículo 1281 CC y el resto de las reglas interpretativas son sólo subsidiarias. Por tanto, si los términos del contrato son claros, no cabe acudir a ulteriores interpretaciones, conforme al antiguo aforismo: *in claris non fit interpretatio*.

Interpretación del contrato. Revisión en casación.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 5 de julio de 1994, 25 de enero y 8 de mayo de 1995, 23 de mayo y 26 de septiembre de 1996, 5 de marzo de 1997 y 24 de febrero de 1998) establece que la interpretación de los contratos corresponde, en principio, a la Sala *a quo*. Sólo puede ser revisada en casación tal interpretación cuando resulta manifiestamente equivocada, ilógica, contraria a las normas o, en general, al buen sentido.

Contenido del artículo 1288 CC.—Indica el TS que la norma del artículo 1288 CC recoge la regla de interpretación *contra proferentem* (la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no puede beneficiar a quien hubiese ocasionado la oscuridad), la cual ha sido desarrollada con posterioridad al CC en la LGDCU, de 19 de julio de 1984.

Alegación del artículo 1281 CC en casación.—El artículo 1281 CC contiene dos reglas distintas de interpretación de los contratos recogidas en cada uno de sus párrafos. Por ello, si se alega en casación su vulneración por inaplicación se ha de hacer referencia necesariamente a una de estas reglas. No basta, pues, la simple mención del citado artículo para considerar bien interpuesto el motivo casacional.

Litisconsorcio activo necesario. Inexistencia.—El TS niega la posibilidad de que pueda existir un litisconsorcio activo necesario, ya que nadie puede obligar a un sujeto a ser demandante. Con independencia de los efectos que la sentencia tenga sobre la parte que no litiga, considera el TS que la relación jurídico procesal queda bien constituida cuando uno o varios demandantes, legitimados activamente, ejercitan una acción. Ni es necesario, ni factible, que estos demandantes traigan al pleito a otros posibles interesados para así interponer conjuntamente la demanda. (STS de 25 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía Inmobiliaria *Pérez Xifra* procede a la venta en documento privado de unas plazas de garaje a una serie de compradores. Ante la falta de entrega, algunos de los compradores interponen demanda suplicando que el vendedor eleve el contrato a escritura pública y haga efectiva la entrega, o en caso de no ser posible, que se cumpla por equivalencia. El vendedor se opone a la demanda, alegando que el objeto de la venta no fueron plazas de garaje, sino unos cuartos trasteros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la anterior sentencia y estimó la demanda en su petición principal. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

14. Imputación de pagos. Concepto y función.—Tal como matiza la S de 25 de octubre de 1985, la imputación de pagos no es otra cosa que la designación o el señalamiento de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor, lo que exige la coexistencia previa de deudor y acreedor y de una pluralidad de deudas derivadas de las relaciones obligacionales mediante entre los mismos, ante cuya situación, el artículo 1172 CC faculta al deudor para designar o señalar a qué deuda de las preexistentes ha de imputarse el pago, lo que implica, como ya dijo esta Sala en su S de 11 de mayo de 1984, recogiendo la de 13 de mayo de 1979, que tal señalamiento o designación entraña «una declaración de voluntad receptiva, en principio correspondiente al deudor, sobre el destino de la prestación que realiza», entrañando la acreditación de tal extremo una cuestión de orden «fáctico-jurídico», sin perjuicio de que el acreedor, incluso después de verificado el pago, pueda proveer al deudor de un recibo expresivo de la aplicación de aquél. (STS de 25 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. E. V. E. convino tres préstamos con garantía hipotecaria con una entidad bancaria y una sociedad mercantil filial de la misma, por un importe total de 27.000.000 de pesetas, con fechas 5 y 12 de diciembre de 1989 y 16 de mayo de 1991, respectivamente. Las partes pactaron su reintegro mediante amortizaciones mensuales a cargar en distintas cuentas corrientes abiertas en la entidad bancaria a estos efectos. Con fecha 26 de diciembre de 1991, el Sr. E. V. E. ingresó 32.000.000 de pesetas en la entidad bancaria con el fin de pagar el importe total de los préstamos. Pese a que las entidades acreedoras otorgaron sendas escrituras de pago y cancelación de los préstamos, y procedieron a su inscripción registral, la entidad bancaria siguió cargando los recibos de amortización del primero de los préstamos en las cuentas corrientes convenidas inicialmente. Interpuesta demanda contra la entidad bancaria y la sociedad mercantil, el Juzgado de Primera Instancia la desestima, estima la reconvencción formulada por la sociedad mercantil, y declara la nulidad de

la escritura pública de pago otorgada el día 22 de enero de 1992 a favor del Sr. E. V. E., así como de la inscripción registral de cancelación de hipoteca. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, declara pagado el préstamo en su totalidad, y condena solidariamente a ambos demandados a devolver los cargos efectuados con posterioridad al pago objeto de esta escritura. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como se deduce de los hechos de la sentencia, en este caso no existe propiamente un problema de imputación de pagos. No se trata de determinar cuál es la deuda que debe considerarse pagada de las asumidas por el deudor frente al acreedor, sino de declarar si el ingreso hecho por el Sr. E. V. E. en el banco sirve para extinguir la totalidad de los préstamos, cuando las partes han pactado con anterioridad su reintegro mediante amortizaciones a cargar en distintas cuentas corrientes abiertas en la entidad bancaria. Sin embargo, interpuesto un recurso de casación motivado indebidamente en la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial por aplicar las reglas de imputación de pagos (arts. 1172 a 1174 CC), el TS señala que en el caso no se infringe dicha regulación a partir de dos razonamientos: en primer lugar, porque la entidad bancaria y la sociedad mercantil filial de la misma no son acreedores distintos del Sr. E. V. E., sino que el segundo es filial del primero, y el Sr. E. V. E. paga el préstamo con garantía hipotecaria en una cuenta corriente de este último; y en segundo lugar, «porque, aun habiendo varios acreedores, si un pago plantea la duda de a cuál de ellos se hace —algo poco frecuente, pero que se da en el caso— deben aplicarse las reglas del Código civil para resolver (“imputar”) qué deuda de qué acreedor se paga: ésta es la función de la imputación de pagos». Aunque con estos últimos términos el Tribunal insinúa la posibilidad de aplicar extensivamente la regulación de la imputación de pagos a los casos de pluralidad de acreedores, la sentencia se limita a reproducir la doctrina jurisprudencial que acoge el sentido estricto de imputación de pagos a que se refiere el Código civil, de acuerdo con el que esta institución sólo resulta aplicable al supuesto de deudas diferentes entre un mismo acreedor y deudor. (J. M. B. S.)

15. Indemnización de daños y perjuicios. Momento de fijación del *quantum*.—Considera el TS (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 1991, 23 de marzo de 1992, 13 de abril de 1993 y 8 de abril de 1996) que, habiéndose ya estimado acreditados los daños cuya indemnización se solicita en demanda, la fijación de la cuantía de los mismos puede ser diferible al momento de ejecución de sentencia cuando en el proceso no es posible su determinación.

Carga de la prueba. Sentido del artículo 1214 CC.—El TS establece que el artículo 1214 CC no contiene una norma valorativa de la prueba, sino que sólo dispone una regla de juicio que determina el sentido en el que el Juez ha de dictar sentencia cuando los supuestos de hecho son inciertos o no han sido suficientemente probados por la parte procesal a la que le correspondía.

Carga de la prueba. Alegación en casación.—Como indica reiteradamente la jurisprudencia del TS (sirvan de ejemplo las SSTS de 14 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1994 y 27 de julio de 1995) no se infringe el artículo 1214 CC cuando la valoración de la prueba practicada realizada por el Tribunal *a quo* no es acorde con las pretensiones de una de las partes, sino sólo cuando con ella se ha alterado de forma indebida el *onus probandi*. (STS de 26 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Traresa* es titular de un modelo de utilidad concedido sobre un tipo de contenedor con apertura por compuerta lateral. Otra entidad mercantil, *Detecsa*, fabrica y explota ciertos contenedores con iguales características. Al considerar *Traresa* que el producto que fabrica *Detecsa* es copia de aquél sobre el que recae el modelo de utilidad del que es titular, interpone demanda por vulneración de su derecho de patente, suplicando se declare que se trata de una copia de su producto y que se condene a la cesación en la explotación del mismo, así como a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su totalidad y remite la fijación del *quantum* de los daños, conforme a los criterios que él mismo establece, a la ejecución de la sentencia. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, se desestima el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

16. Intereses convencionales. Función.—Afirma el TS que los intereses convencionales son pactados por las partes y tienen como función indemnizar los daños y perjuicios que sean imputables a la demora en el cumplimiento de una obligación consistente en pagar una cantidad de dinero.

Intereses convencionales. Cómputo.—Señala el TS que cuando se reclama el pago de una cantidad líquida, los intereses convencionales se computan desde la fecha de interposición de la demanda. (STS de 18 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se suscribe, con fecha de 18 de octubre de 1984, un precontrato de compraventa de un determinado chalet, por precio cierto de 10.500.000 pesetas. Posteriormente, el 26 de octubre de 1984, las partes celebran el definitivo contrato de compraventa por el precio total antes mencionado. En dicho contrato se pacta que los compradores abonarán parte del precio (6.160.000 pesetas) por medio de la subrogación en un préstamo hipotecario que gravaba el chalet objeto de la compraventa.

Sin embargo, la deuda garantizada con la hipoteca (7.000.000 de pesetas) era superior a la asumida en el contrato por los compradores como parte del precio (6.160.000 pesetas). Los vendedores se niegan a abonar la cantidad que excede de la pactada en el contrato. Los compradores, con la finalidad evitar la ejecución hipotecaria, pagan las cantidades adeudadas en virtud del préstamo hipotecario.

Como consecuencia de lo anterior, los compradores interponen demanda contra los vendedores, suplicando se declare el incumplimiento del contrato por parte de los vendedores, así como que se condene a éstos al pago de determinada cantidad de dinero y de los intereses pactados por las partes.

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

17. Obligaciones recíprocas. Efectos.—Las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas, producen determinados efectos especiales: resolución por incumplimiento, que prevé el artículo 1124 CC; la compensación en caso de mora, que contempla el último párrafo del artículo 1100 CC; y la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, lo que se conoce como *exceptio non*

adimpleti contractus, que se desprende de los artículos 1100, 1124 y 1308 CC. Sin perjuicio de que la parte que cumple puede exigir el cumplimiento a la parte que no cumple.

Exceptio non adimpleti contractus. Inaplicación a los supuestos de obligación aplazada y de incumplimiento de obligaciones accesorias.—La sentencia de instancia ha basado la desestimación de la demanda en la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*: no tiene derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, aquélla que no cumple o no ofrece a cumplir su respectiva obligación; si lo hace, la otra parte le podrá oponer la *exceptio*; es *necesario que quien reclama haya cumplido lo que le incumbía*, dice la S de 3 de diciembre de 1992, lo que ratifica la de 29 de octubre de 1996, además de otras muchas anteriores. Sin embargo, no es aplicable cuando en el propio contrato se ha previsto que la obligación de una de las partes está aplazada. Además, el incumplimiento de las obligaciones accesorias no da lugar a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (SS de 21 de marzo de 1994 y dos de la misma fecha, 8 de junio de 1996). (STS de 17 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. S. L. D. se obligó a ceder al Sr. A. V. R. «todas las acciones, participaciones y expectativas» nacidas en el marco de los negocios que ambos tenían en común, previo cumplimiento por parte del Sr. A. V. R. de la obligación de entregar al Sr. S. L. D. «un cheque de setenta millones de pesetas». El Sr. S. L. D. también se comprometió a desistir de las acciones judiciales ejercitadas con anterioridad contra el Sr. A. V. R. El cheque entregado por el Sr. S. L. D. no se pagó por falta de fondos, y el Sr. S. L. D. no cumplió con la cesión a que se había obligado, ni desistió del ejercicio de las acciones judiciales. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de reclamación de cantidad formulada por el Sr. S. L. D. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial. (J. M. B. S.)

18. Compraventa de inmueble con pacto de reserva de dominio.—El Código civil no regula las compraventas de inmuebles sometidas a pacto de reserva de dominio, que tiene por objeto garantizar el pago del precio, toda vez que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida, en tanto no se produzca el abono íntegro de la contraprestación, habiendo determinado la doctrina jurisprudencial su naturaleza y características, ya que se configura como una compraventa sometida a condición suspensiva que se proyecta en la fase de consumación del negocio, pues éste ha de reputarse debidamente perfeccionado, desplegando los efectos traslativos *ipso iure* cuando se verifica el completo pago, por producirse la transferencia definitiva de lo enajenado, con lo que el derecho expectante del comprador se consolida por el hecho de cumplir la obligación que le incumbía de abonar el precio del contrato (SS de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo y 16 de julio de 1993).

Devengo del IVA.—El impuesto del IVA no constituye propio precio del contrato, aunque es consecuente al mismo y procede cuando se lleva a cabo la transmisión de bienes inmuebles, por tratarse de un supuesto comprendido en el artículo 3 y 4.5.a) de la Ley 30/1985, al configurarse como operación gravada, constitutiva de hecho imponible, ya que en el artículo 6.7.º se reputa como entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre los corporales, incluyendo la cesión de bienes en virtud de contratos de venta a plazos con reserva de dominio. El párrafo segundo del artículo 14.1 de la Ley 30/1985, en relación al 23 de su Reglamento, contiene una especialidad bien precisada para estas ventas, al establecer que el Impuesto se devengará cuando los bienes se

pongan en posesión del adquirente. Mientras dicho hecho no se produzca tampoco surge el deber de pagar la carga fiscal, que queda expectante hasta la efectiva cesión posesoria o dominical. De todos modos, en esta ocasión se acredita que los recurrentes, aunque todavía no hayan entrado en posesión de los bienes, sí que han hecho efectivo el pago de algunos plazos. Por eso, estos sujetos están obligados a satisfacer, si no lo que se les reclama en su totalidad, sí el impuesto correspondiente a las cantidades que efectivamente hayan abonado (art. 16.1 de la Ley). Así entra en juego el apartado dos del referido artículo 14, que actúa como regla general, al disponer que en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados a la realización del hecho imponible, el impuesto devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente producidos. En cambio, a los recurrentes no les incumben de momento abonar el impuesto correspondiente al último plazo que todavía no han hecho efectivo. (STS de 10 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 2 de octubre de 1989 se pactó la venta de dos fincas bajo la modalidad de compraventa por precio aplazado con pacto de reserva de dominio. La cláusula quinta del contrato establecía que «hasta el pago total y completo del precio pactado, el vendedor se reserva el dominio de las fincas objeto de este contrato [...] y, en consecuencia, el comprador no podrá transmitir, ceder, arrendar o hacer acto de disposición alguno sobre el mismo». Esta cláusula añadía que «además de lo dispuesto en el párrafo anterior, el comprador no tomará posesión de las fincas objeto de este contrato hasta haber efectuado el pago completo e íntegro a que se refiere el apartado b) de la estipulación segunda de este contrato, así como el pago del importe total del IVA aplicable a esta transmisión». La cláusula séptima del mismo contrato señalaba que el precio pactado lo era sin IVA, y que el comprador satisfacía en el acto el importe de la cuota correspondiente a dicho impuesto «repercutible al pago ya efectuado [...] sirviendo el presente documento como carta de pago de la expresada suma. La cantidad restante [...] hasta el importe total del indicado impuesto, al tipo actual, será pagada en el momento en que el comprador tome posesión de los bienes objeto de este contrato». Llegado el momento previsto, se hace efectivo el segundo plazo sin que el comprador pague cuota alguna en concepto de IVA. Además, queda pendiente un tercer pago, por lo que las fincas objeto de la compraventa permanecen en posesión de la parte vendedora en virtud de lo pactado. Interpuesta demanda por la empresa vendedora, el Juzgado de Primera Instancia condena a la parte compradora al pago del importe total del IVA devengado por la compraventa. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación. (J. M. B. S.)

19. Carácter no excepcional de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aplicación analógica del artículo 54 a un supuesto de asignación fiduciaria y renuncia de usufructo.—La analogía, como método de autointegración de las lagunas del ordenamiento jurídico recogida en el artículo 4 CC, no presupone tal y como establece la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, «la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto». Es incomprensible que se alegue el carácter excepcional de la LAU y la

imposibilidad de aplicación analógica de sus preceptos *ex* artículo 4.2 CC, cuando la propia LAU, en su artículo 8, obliga imperativamente la aplicación de tal método cuando nos encontremos ante materias que no «aparezcan expresamente prescritas en la misma».

Aunque el artículo 54 LAU está previsto para los supuestos de transmisiones *inter vivos* (venta y donación), y teniendo presente que uno de los principios que rige en materia arrendaticia es el de la protección del arrendatario mediante normas tendentes a conseguir la estabilidad y permanencia en la vivienda arrendada, cabe la aplicación analógica de dicho precepto en relación con el artículo 64 LAU. Si bien es cierto que el artículo 54 LAU está previsto para supuestos de transmisiones *inter vivos* de la vivienda, y en el supuesto anotado el codemandado recibe el bien a título de herencia del causante, su padre, no podemos desconocer las especiales características que configuran dicha adquisición, puesto que «la adquisición de ese concreto bien se ha determinado por la asignación, no de toda la herencia entre los herederos sino de uno solo de los inmuebles que integra el caudal relicto, hecha por la fiduciaria nuda propietaria a los fines del encargo recibido, unida esa asignación a la renuncia por la fiduciaria usufructuaria al usufructo viudal sobre ese concreto bien» (FD 3.º).

Fraude de ley. Nulidad de la escritura pública de renuncia de usufructo y asignación de fiducia testamentaria.—Tanto el fraude de ley, el abuso del derecho, como la buena fe, aunque sean analizadas como instituciones distintas, presentan la misma finalidad, la de impedir que el texto de la ley pueda ser utilizado eficazmente para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, de manera que los resultados, que de los mismos se deriven, nunca sean contrarios al «espíritu objetivo de la norma legal».

Al igual que en la S de 21 de febrero de 1969, en cuyos fundamentos se analizó la creación artificialmente por las partes de una situación de permuta y de división horizontal para eludir la disposición prohibitiva del artículo 6 LAU, entiende el TS que estamos ante una serie de actos, en principio lícitos (asignación fiduciaria y renuncia de usufructo viudal), pero que evidencia la intención de crear «una titularidad dominical posibilitadora de la denegación de prórroga del arrendamiento», eludiendo así la aplicación de las normas imperativas relativas a la prórroga forzosa. (STS de 20 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Eduardo S. H. es arrendatario de un piso por contrato de enero de 1974, siendo propietarios del inmueble en el que se encuentra el mismo los hermanos don Joaquín, don José y don Mariano H. C.; este último falleció en septiembre de 1983, ostentando la vecindad civil aragonesa. Por testamento otorgado por el causante el 22 de septiembre de 1975, instituía herederos universales a su esposa y a sus tres hijos, don Joaquín, doña Carmen y doña Purificación, y concedía a su esposa doña Purificación G. S. el usufructo universal de todo su patrimonio mobiliario e inmobiliario, además de la cualidad de fiduciaria para ordenar la sucesión en la forma y proporción que determinase.

El día 19 de diciembre de 1988, don Joaquín y don José H. C. y doña Purificación G. S., como heredera y fiduciaria de su esposo, procedieron por medio de escritura pública a la división horizontal del inmueble, adjudicándose a doña Purificación G. S. en su condición de heredera los pisos primero, cuarto izquierda y quinto izquierda. Posteriormente, por escritura de 21 de mayo de 1990, doña Purificación, en calidad de fiduciaria, asignó la nuda propiedad del piso 1.º a su hijo don Joaquín, que la aceptó; en la misma escritura, doña Purificación hizo renuncia del usufructo viudal que sobre el mismo le correspondía.

Don Eduardo S. H., en calidad de arrendatario, demandó ante los Juzgados de Primera Instancia a doña Purificación y a su hijo don Joaquín, solicitando que se declarase la nulidad de la escritura pública otorgada el 20 de mayo de 1990, tanto por no respetar el orden del artículo 64 LAU, como por haberse otorgado con abuso del derecho, sin causa o causa ilícita. Contestada la demanda por la parte demandada, formuló demanda reconvenional por la que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1974. Desestimada la demanda y estimada la demanda reconvenional, fue interpuesto recurso de apelación, que fue estimado por la AP, declarando la nulidad de la escritura de renuncia de usufructo y asignación de fiducia testamentaria. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS reitera su doctrina acerca de la analogía en materia arrendaticia (SSTS de 21 de febrero de 1969 y de 7 de noviembre de 1972), y en concreto en lo relativo a la aplicación analógica de los artículos 54 y 64 LAU. Entiende el TS que aunque es cierto que la adquisición del bien inmueble se realiza por vía sucesoria, las especiales características que presenta la asignación fiduciaria, permite la aplicación analógica del artículo 54 LAU. Sin embargo, dicha asignación lo único que persigue es la creación de una titularidad dominical que permita eludir la aplicación de la normativa relativa a la prórroga forzosa. Teniendo en cuenta que uno de los principios que inspira la normativa arrendaticia es la protección del arrendatario y la permanencia en la vivienda arrendada, entiende el TS que la asignación es un negocio en fraude de ley y reitera el pronunciamiento de la AP en cuanto a la nulidad de la escritura que contenía la asignación y la renuncia al usufructo, por buscar una finalidad contraria al ordenamiento jurídico. (R. D. O.)

20. Responsabilidad decenal. Naturaleza contractual.—El artículo 1591 CC establece una responsabilidad basada en el contrato de obra, que se fundamenta en su incumplimiento y presume su culpabilidad; responsabilidad que se produce en caso de ruina, en sentido amplio aclarado jurisprudencialmente y respecto a la construcción de edificios, en relación con las distintas personas que intervienen en la misma. Tal como ha dicho la S de esta Sala de 30 de enero de 1997, el artículo 1591 CC impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, en el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina de edificio.

Ruina funcional.—El concepto de ruina —que no es un supuesto de saneamiento por vicios ocultos— no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino uno mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza o bien a toda la construcción o bien a parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes (SS de 30 de enero y 29 de mayo de 1997). La doctrina de esta Sala sobre el concepto de ruina abunda en la idea de separarla de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio (SS de 4 de abril de 1978, 8 de junio de 1987 y 15 de junio de 1990, entre otras). La ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y supera el significado figurado y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha (SS de 1 de febrero de 1988 y 6 de marzo de 1990).

Solidaridad.—En cuanto a la solidaridad, el principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en esta responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquéllas ha participado en la causación del mismo. No puede cargarse a la víctima de la ruina la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinoso. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente. Por ello no es admisible la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en relación al total de personas que intervienen en una construcción (SS de 4 de julio de 1989 y 30 de septiembre de 1991, entre otras). Tal solidaridad no tiene origen convencional sino que es creación jurisprudencial para hacer posible la tutela efectiva de los derechos conculcados; y no impide que los condenados resuelvan en otro litigio la responsabilidad de cada uno. (**STS de 4 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio de Calatayud y diversas personas interpusieron demanda contra tres sociedades mercantiles y varias personas físicas, que habían intervenido en el proceso constructivo de aquél. En el edificio habían aparecido diversas fisuras a causa de su deformación, hacía falta reparar las puertas y ventanas, faltaban contadores de agua caliente individuales, así como un sistema adecuado de ventilación. La demanda solicitaba que se condenase a los demandados a la reparación de estas deficiencias. El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud la estimó parcialmente. Los demandados recurrieron la sentencia en apelación y la Audiencia Provincial de Zaragoza la revocó también parcialmente. Dos de las sociedades condenadas recurrieron en casación. Los recursos decayeron por pretender una nueva valoración de la prueba y variar la base fáctica de la sentencia de instancia, además de las razones expuestas arriba. (*A. R. G.*)

21. Responsabilidad decenal en el caso de viviendas de protección oficial. Competencia de la jurisdicción civil.—La competencia de las autoridades administrativas para poder instruir expedientes sancionadores por defectuosa construcción de las viviendas de protección oficial no excluye en modo alguno la competencia única de la jurisdicción civil para conocer del proceso correspondiente, aunque se trate de viviendas de la clase expresada, cuando la acción ejercitada en el mismo sea la de responsabilidad decenal que regula el artículo 1591 CC.

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—Al haber alegado la comunidad de propietarios demandante que los defectos ruínógenos que presenta la cubierta del patio o terraza del edificio son debidos a vicios de la construcción, con plena individualización o concreción de las causas determinantes de tales defectos ruínógenos, la relación jurídico-procesal quedó correctamente constituida, en cuanto única responsable por los denunciados vicios de construcción (art. 1591 CC), sin necesidad de demandar también a los técnicos (Arquitecto y Aparejador), en el bien entendido de que si en el desarrollo del proceso quedaba probado que los denunciados defectos ruínógenos no eran debidos a los alegados vicios de la construcción, ello conduciría a la ineludible desestimación de la demanda, sin que en ninguno de los dos supuestos resolutorios posibles (existencia o no existencia de tales vicios de construcción, con la consiguiente estimación o desestimación de la demanda, respectivamente) la sentencia correspondiente hubiera de afectar, en ningún caso, a quien no había sido parte del proceso, que es lo que trata de evitar la institución del litisconsorcio pasivo necesario, que aquí no ha existido.

Ruina funcional.—El fracaso de la cubierta para el fin que le es propio ha quedado acreditado. La aparición de goteras por filtración de agua al garaje y al local comercial, desde los tres años de entrega del edificio, sin que se haya solucionado el problema, evidencia la ruina funcional de elemento tan esencial del edificio. El origen de esta ruina, entendida en el sentido de inhabilidad o inaptitud para cumplir la finalidad de este elemento, no puede ser achacado sino a vicio constructivo, por no prever que los materiales empleados y la solución global dada no se compaginaban con el clima extremo de esta zona. A la aparición del problema coadyuva la defectuosa pendiente que existe en algunas zonas. La responsabilidad de la constructora es tan evidente que ella misma la asumió, comprometiéndose a la reparación.

Culpa del propietario. Mantenimiento del edificio.—El problema relativo al cegamiento no puede ser apreciado a simple vista, requiriéndose para ello conocimientos técnicos o especializados. Estos conocimientos son exigibles a la constructora, mas no a los propietarios del edificio que, cuando lo reciben, a salvo de indicaciones específicas, no pueden pensar más que en la necesidad de un mantenimiento consistente en limpieza y desembarazo de la boca de los sumideros. No había previsibilidad del evento para la comunidad y, por tanto, no habría culpa en su actuación, ni por ende responsabilidad.

Incumplimiento del deber de información por la parte constructora.—La constructora, por la actividad a la que se destina, debía saber cuál era el problema que podía presentar la cubierta, conforme a la solución arquitectónica elegida, y advertir de ello a los propietarios. El deber de información está inscrito en el artículo 1258 CC como exigencia derivada de la buena fe en el cumplimiento del contrato, y, en segundo término, regía plenamente la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios que establece específicamente dicho deber de información. (STS de 21 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un inmueble de Ciudad Real interpuso demanda contra la empresa constructora del edificio. En la demanda se solicitaba que se condenase a la empresa a realizar determinadas obras, que debían asegurar la impermeabilización de un patio-cubierta y la correcta evacuación de aguas de aquél. La empresa no había informado a los propietarios sobre el hecho de que determinados elementos del patio requerían un mantenimiento específico. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. La demandada recurrió la sentencia en apelación, pero la Audiencia Provincial de Ciudad Real confirmó la condena. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS declaró que no había lugar. (A. R. G.)

22. Contrato de obra. Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra.—El TS afirma que el subcontratista, en base al artículo 1597 CC, tiene acción directa contra el dueño de la obra para reclamar el pago del precio de la obra realizada, con el límite cuantitativo de lo que el dueño adeude al contratista. Ello supone una excepción al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC).

Artículo 1593 CC. Norma interpretativa.—Señala el TS que el artículo 1593 CC es una regla interpretativa de la voluntad de las partes. En los casos en los que se produzca un aumento de la obra con consentimiento del dueño, se producirá un aumento del precio de la misma y la consiguiente obligación de pago a su realizador (entre otras, SSTS de 28 de marzo de 1991, 24 de mayo de 1994 y 14 de octubre de 1996), incluyéndose en dicho concepto al subcontratista (STS de 9 de mayo de 1996). (STS de 16 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se suscribe, con fecha 15 de noviembre de 1989, un contrato de obra para la construcción de una fábrica. Posteriormente, el contratista, por documento de 11 de diciembre de 1989, subcontrató la ejecución de la citada obra con otro sujeto.

Como consecuencia del impago del precio de la obra, el contratista y el subcontratista interpusieron demanda contra el dueño de la obra, suplicando, entre otras cosas, se condenase al demandado a abonar el precio de la obra realizada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

23. Arrendamiento de servicios. Abogados. Normativa aplicable.—Se está de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1991 que establece que «las relaciones que mediaron entre el demandado y las empresas mercantiles actoras, que consistieron en la prestación por aquél de actividades profesionales de Letrado en ejercicio, en términos generales, se engloban en el contrato de arrendamiento de servicios sin tiempo fijo (arts. 1544 y 1583 CC), si bien, dada la insuficiencia de normativa legal reguladora de los servicios profesionales de los abogados, el TS ya denunció en SS de 10 de junio de 1975 y 17 de septiembre de 1983, y al amparo de la libertad de contratación que establece el artículo 1255 CC, que la prestación de los referidos servicios rebasa, en muchas ocasiones, los términos del simple arriendo, para concurrir con los propios del mandato, representación y gestión, e incluso del arriendo de obra».

Fijación de honorarios. Fijación unilateral.—La retribución económica del Letrado, conforme a lo previsto en el artículo 37 del derogado Estatuto General de la Abogacía y en el 56 del vigente de 24 de julio de 1982, así como a normas sustantivas sobre el pago de los denominados servicios superiores o de las profesiones liberales (arts. 1542 y 1544 CC), puede ser fijada discrecionalmente en su cuantía por el acreedor, pero siempre acomodándose a unas pautas orientadoras (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada, etc.) excluyentes de posibles excesos en la exigencia del derecho de crédito, indicaciones usualmente recogidas en las tarifas de honorarios de los Colegios; si bien estas genéricas normas corporativas carecen de eficacia vinculante a la hora de resolver (precepto citado del estatuto en vigor, párrafo uno, *in fine*), y no impiden que los obligados al desembolso impugnen por excesiva la minuta, de la misma manera que no constriñen al órgano jurisprudencial en trance de fijar la compensación dineraria que estime justa por la tarea efectuada, aunque no dejan de proporcionar un criterio estimable para llegar a esa concreta determinación (S de 12 de julio de 1984).

Criterios ante la falta de pacto sobre honorarios.—Ante la imposibilidad de atenerse a la minuta presentada en autos, la realidad de unos servicios prestados y la necesidad de retribuirlos, es dable al juzgador acudir a la equidad para señalarlos en una cierta suma (S de 4 de mayo de 1988). Muy recientemente este TS ha decantado su doctrina sobre los honorarios a percibir por el Abogado, cuando éstos no se hayan pactado previamente, conforme a la traslación que realiza de los preceptos de la LEC en relación con los artículos 1544 y 1447, ambos del CC, sobre la fijación del precio, que tiene carácter arbitral. De modo que ha de considerarse que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del abogado (o los designados supletoriamente), así como el carácter detallado de la minuta, aun regulados en la

LEC, son exigencias ineludibles de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, en los casos en que los honorarios no estuvieran previamente pactados y haya de proceder a su fijación, no obstante, se trate de una reclamación formulada en proceso ordinario, todo ello como complemento necesario para dar cumplimiento al artículo 1544 CC que debe relacionarse con el artículo 1447 CC, de manera que en estos supuestos el órgano judicial asume, siguiendo las pautas marcadas por la LEC, funciones de arbitrador por ministerio legal (S de 3 de febrero de 1988). (**STS de 24 de febrero de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. G. I. L. formula demanda por la que reclama el pago de la cantidad de 41.596.378 pesetas en concepto de retribución de los servicios de abogado, así como de daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados Sr. M. S. C. y entidad mercantil *M. J. R.* al pago de las cantidades de 50.000 y 168.000 pesetas, respectivamente. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. G. I. L., la Audiencia Provincial lo desestima al deducir de los hechos probados que las actuaciones del Sr. G. I. L. se desarrollaron en beneficio propio y en el de sus futuros socios, familiares suyos. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Extraña que el TS declare que la actuación del demandante nada tiene que ver con el contrato de servicios del artículo 1544 CC, pero que, a continuación, invoque la jurisprudencia que calcula la retribución económica de los abogados conforme a lo previsto en el Estatuto General de la Abogacía y a las normas del contrato de arrendamiento (arts. 1542 y 1544 CC), y exija la intervención del Colegio de Abogados y el carácter detallado de la minuta para dar cumplimiento, entre otros preceptos, al artículo 1544 CC. (*J. M. B. S.*)

24. Arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral.—En el contrato de prestación de servicios tiene especial importancia la extinción de la relación jurídica contractual por decisión unilateral de una de las partes, que se funda en la relación de confianza, *intuitu personae*, propia de este contrato (SS de 30 de marzo de 1992, 11 de mayo de 1993, 9 de febrero de 1996, entre otras).

Abogados. Normativa aplicable.—El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 CC, conjuntamente con el de obra, a los que llama de «arrendamiento», como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio.

Deberes de información al cliente y de custodia de la documentación.—El deber de fidelidad tiene su base en el Código civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado Estatuto. Incluidos en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con abogado, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual, y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción, y, segundo, el deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el

momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente. Es clara la obligación de devolver los expedientes por parte de quien los retiene una vez extinguida la relación contractual de prestación de servicios, y si bien la venia es una «regla de cortesía», como dice el primer párrafo del artículo 33.1 del aludido Estatuto, no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho civil, ni mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato, precise y reclame información y devolución de documentación. (STS de 25 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. M. M. C. se comprometió a prestar sus servicios como abogado a varias sociedades, que posteriormente se integraron en la entidad C., S. A. A pesar de que durante la tramitación de los procesos judiciales en los que el Sr. M. M. C. prestó dichos servicios, esta entidad decidió prescindir de los mismos, el Sr. M. M. C. no entregó los expedientes que aquélla le solicitó en distintas ocasiones. La entidad C., S. A., formuló demanda por la que reclamó la condena del Sr. M. M. C. al pago de la cantidad de 10.500.000 de pesetas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, así como la entrega por parte de éste de los expedientes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

25. Usura.—El recurso denuncia inaplicación de la Ley de Usura (arts. 1, 3 y 9). Según esta ley será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, y también el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada. Añade la ley que lo dispuesto en ella se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente al préstamo dinerario. La situación angustiosa no se ha demostrado, como tampoco la concurrencia de las demás circunstancias que al amparo de la Ley de Usura darían lugar a la total nulidad del contrato.

Contrato de arrendamiento financiero. Naturaleza jurídica.—El contrato de arrendamiento financiero no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales. Aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por el que luego será arrendador financiero, no cabe equipararlo a las ventas con pacto de retro, también lícitas pero próximas, en ocasiones, a los préstamos encubiertos y con la garantía de la finca, y hasta puede decirse que es una simple figura del *constitutum posesorium*, conocido ya en el Derecho romano, y según el cual un poseedor propietario pasa a ser poseedor por distinto título, como puede ser y aquí es, de arrendatario, además de aspirante a propietario por pago de mensualidades y el precio de residuo. Si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa, el motivo que pretende la nulidad de los contratos debe ser rechazado.

Pena convencional. Moderación por los Tribunales.—Por aplicación de la Ley de Usura, hay que entender absolutamente desproporcionadas las cláusulas que el contrato contiene para fijar las consecuencias económicas del incumplimiento. La cuantificación de éstos es posible pactarla pero este pacto debe ser acomodado al equilibrio patrimonial, que en el presente caso se manifiesta enormemente desproporcionado, cuando fija unos intereses moratorios que

equivalen al 24 por 100 en operación por la que ningún riesgo corre la acreedora que tiene la propiedad de un inmueble, adquirido a precio sensiblemente inferior al que lo ofrece en arrendamiento financiero, en el que entre otras muchas cautelas obtiene incluso la fianza solidaria, a título personal de los contratantes, a los que exige además el pago de todas las cuotas íntegras de los meses que tardan en devolver la cosa, cuotas que una vez resuelto el contrato no pueden ser de la misma entidad que las que, vigente el contrato, llevan a la consolidación de la propiedad tras el pago del precio de residuo por el arrendatario financiero. Todo lo previsto para el caso de impago tiene la naturaleza de cláusula penal, y el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere (art. 1154 CC). Procede reducir los intereses por mora a los legales, y la compensación por la posesión de la finca hasta su devolución se reduce a la de 150.000 pesetas mensuales.

Concepto de consumidor.—Presupuesto de aplicación de la Ley de protección a los consumidores y usuarios es que se esté ante persona individual o jurídica que tenga la calificación legal de consumidor y el artículo 1 de la Ley establece que son consumidores las personas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles..., y que no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales utilizan los bienes, integrándoles en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, como es el caso de autos. (STS de 17 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Un banco concedió un crédito de 25 millones de pesetas con garantía hipotecaria de un inmueble. Unos diez días después, las partes convinieron lo que la doctrina viene llamando *lease-back* o *leasing* de retorno, que suele considerarse una modalidad del arrendamiento financiero. En virtud de este contrato, los prestatarios vendieron el inmueble al banco, por un precio de 30 millones, y el mismo día éste se lo cedió en arrendamiento financiero por un período de 180 meses con pago de mensualidades de 475.951 pesetas, que importaban un total de 85.671.180 pesetas. Ante el impago de las cuotas, el banco resolvió el contrato. Los vendedores opusieron la nulidad del mismo. A su entender, éste no era un *lease-back* sino aquella operación usuraria que históricamente se ha designado con el nombre de «contrato de mohatra» y que servía para eludir la prohibición canónica de la usura en la Edad Media. Así lo demostraría —añadían— la diferencia entre el precio de venta al banco y la suma total adeudada en concepto de arrendamiento financiero. Al parecer, el contrato había sido presentado en el Registro de la Propiedad para su inscripción, pero se rechazó por contener cláusulas contractuales «demostrativas de desequilibrio, otras de enriquecimiento injustificado y perjudiciales para los usuarios». Además, el préstamo concedido había permitido a los demandados cancelar una hipoteca anterior a favor de otra entidad de crédito. Esto demostraría —según afirmaban— que se encontraban en una situación de angustia económica (cfr. art. 1.1 Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura). El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño estimó íntegramente la demanda interpuesta por el banco y condenó solidariamente a los arrendatarios a pagar a la parte actora el importe de las rentas vencidas e impagadas (cuatro mensualidades) más los intereses contractuales desde el vencimiento, así como a dejar libre y a disposición de la misma el inmueble, debiendo abonarle como indemnización una cantidad igual a la de una cuota mensual por cada mes que transcurriese.

La Audiencia Provincial de Logroño desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados, pero el TS declaró haber lugar al de casación.

NOTA.—La parte recurrente califica el contrato como «mohatra». En nuestra tradición jurídica, ésta funcionaba así: «A» vendía a «B» a crédito, y «B» revendía a «A» a precio inferior y al contado (véase Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 163). Difiere por tanto del *lease-back* en que en éste no hay dos ventas sino una venta y un *leasing* (véase sobre esta modalidad de *leasing*, Francisco Vicent, *Introducción al Derecho Mercantil*, 11.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 1998, p. 740). En cuanto a la fundamentación de la sentencia, hay que destacar que considera usurario al contrato pese a que rechaza expresamente la aplicación de la Ley de Azcárate. Quizás por ello, en lugar de declarar nulo el contrato (art. 3 de la Ley), modera sus efectos calificándolos de cláusula penal (art. 1154 CC). Sobre esta solución, Antonio Cabanillas, «Naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero», *ADC*, 1982, p. 118, y posteriormente en «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», *ADC*, 1991, pp. 1011-2. (A. R. G.)

26. Usura. Arbitrio judicial.—En los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias, las apreciaciones de hecho de los tribunales de instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables (S de 8 de noviembre de 1991). La facultad extraordinaria que dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia. Las apreciaciones, criterios y convicciones del tribunal inferior deben ser tenidos en cuenta y aceptados cuando no estén claramente en disconformidad con las resultancias procesales estimadas con arreglo al artículo 2 de la Ley mencionada, o sea, cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una equivocación del Juez de instancia.

Calificación de un contrato como usurario.—Por otra parte, para calificar de usurario el préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato (S de 29 de septiembre de 1992), por ser aquel en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, pues otra cosa implica infracción de los artículos 2.3 y 3.1 CC.

Tipo de interés no usurario.—Reconocido el principio de libertad de pacto en orden a la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito (OM de 12 de diciembre de 1989), y pactado en la póliza de crédito suscrita entre los litigantes un interés del 17,50 por 100, el mismo se encuentra dentro de los límites de normalidad de los aplicados por las entidades bancarias en operaciones de esa clase en la época en que se formalizó el contrato.

Prestación de intereses. Concepto.—Para determinar si el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, no pueden tenerse en cuenta los porcentajes establecidos en razón de disponibilidad del crédito concedido, de apertura y concesión por gastos de estudio e información, ya que tales conceptos no constituyen el precio o retribución del dinero de que, por resultado de la concesión de crédito, dispone el cliente, que es el concepto propio de interés, sino que se trata de la remuneración debida al banco por los servicios que presta al

cliente derivados del mecanismo de funcionamiento de esta clase de operaciones. La citada Orden faculta, en su apartado quinto, a las entidades de crédito para fijar libremente esas comisiones, sin perjuicio de la obligación de publicidad que se les impone, no estando en autos que tales devengos sean anormalmente superiores a los establecidos por otras entidades en ese tipo de operaciones.

Tasa Anual Equivalente y tipos de interés.—Aunque tales gastos y comisiones son tenidos en cuenta para fijar la Tasa Anual Equivalente, esta tasa representa el coste total, porcentualmente establecido, de la operación bancaria, no la retribución del dinero puesto a disposición del cliente, es decir, el interés, y así lo declaró esta Sala en la S de 18 de febrero de 1991. (STS de 7 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos personas demandaron a una entidad de crédito por entender que el contrato de préstamo que habían celebrado con ella era usurario y, por ende, nulo. El interés anual pactado era del 17,50 por 100 y el de demora del 29 por 100. Además, se fijó un 0,5 por 100 en concepto de disponibilidad, un 1 por 100 como comisión de apertura y un 0,40 por 100 por gastos de estudio e información. La Tasa Anual Equivalente se fijaba en el 30,380 por 100 a efectos puramente informativos. El Juzgado de Primera Instancia de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Cuenca confirmó la sentencia de aquél. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los actores. (A. R. G.)

27. Contrato de mandato. Interpretación e integración. Carácter retribuido.—El mandato no era gratuito. La retribución se acordó que fuese el 50 por 100 de los beneficios que diese la venta del nuevo edificio. Al no poderse llevar a cabo, queda por fijar el *quantum* de la susodicha retribución, que no puede ser inferior a la ofrecida por los propietarios según su contestación a la demanda, la cual no significa más que la traslación de aquel 50 por 100 a la plusvalía obtenida entre el valor asignado al edificio en el contrato de 1987 y el precio pagado por el tercero, más las revalorizaciones por IPC y deducciones. Esta integración del contrato es correcta; el mandato era claramente retribuido en la «segunda fase» de la operación, y si ésta no entraba en vigor de acuerdo a lo pactado, el importe de la retribución del mandatario quedaba sin fijarse en el texto del contrato. La buena fe y la naturaleza de lo pactado (art. 1258 CC) obligan a integrar la laguna en la forma antedicha, que coincide con el fallo de la sentencia recurrida, por lo que no puede producirse su casación y anulación por este motivo. Sería contrario a la más elemental buena fe y equidad que el mandatario no obtuviese retribución por su trabajo, después de haber conseguido una plusvalía para el edificio de 140.000.000 de pesetas en números redondos en dos años prácticamente. No puede pretenderse que la extinción del mandato era libre e incondicionada, y al mismo tiempo no retribuable, ya que había quedado subordinada la venta del edificio a que no se consiguiese por el mandatario dejarlo vacío y apto para su derribo en ese plazo. Nada de esto se pactó, además de que pugna con el plazo de duración del mandato de cinco años, ni mucho menos que el mandatario nada tuviese derecho a cobrar si aquellos fines no se alcanzaban.

Indemnización de lucro cesante. Improcedencia.—No procede la indemnización de los daños que constituyen lucro cesante. Teniendo en cuenta que el futuro negocio que se proyectó ya no es posible realizarlo al haberse enajenado el edificio a un tercero, raya en el absurdo que, además, se pretenda incrementar aquellos daños con un lucro cesante que se indemnizaría por duplica-

do. Además, y sobre todo, hay que desestimarlos porque, como se ha dicho, el contrato de mandato se ha extinguido, pero no puede decirse que la venta realizada por los propietarios haya frustrado el interés del mandatario por incumplimiento del contrato.

La anotación preventiva de embargo debe cancelarse a partir de la firmeza de la sentencia absolutoria que ponga fin al litigio.—Aparte de que ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación dicen nada sobre cuándo ha de cumplirse la orden de cancelación de la anotación de embargo, el recurrente olvida que él pidió tal anotación al amparo del artículo 42.1 LH, como consecuencia de haber solicitado el cumplimiento de la obligación de los demandados de aportar el inmueble objeto de la anotación a una futura sociedad. Por lo tanto, es obligada la aplicación del artículo 206 RH, en cuya virtud «procederá la cancelación de anotaciones preventivas: 1.º Cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado en los casos a que se refiere el párrafo primero del artículo 42 de la Ley». La anotación no tuvo lugar como medida cautelar al amparo del artículo 1428 LEC, de modo que no se puede pretender su vigencia hasta que los demandados paguen la indemnización a que se les condena, esto es, hasta que la sentencia sea cumplida. (STS de 9 de febrero de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Con fecha 28 de enero de 1987 los copropietarios de un inmueble y el Sr. A. G. F. celebraron un contrato por el cual este último asumió la obligación de obtener el desalojo de los arrendatarios que lo ocupaban y la autorización para su derribo en un plazo de cinco años; a su vez, las partes se comprometieron a constituir una sociedad con el objeto de construir y promocionar un edificio sobre el solar resultante, mediante aportaciones de capital por partes iguales, así como de dicho solar, valorado en 60.000.000 de pesetas. Las partes también pactaron que, transcurridos dos años desde el acuerdo, los propietarios podrían vender el inmueble, y para este caso concedieron un derecho de adquisición preferente al Sr. A. G. F. En el mes de diciembre de 1989 los copropietarios revocaron los poderes concedidos al Sr. A. G. F. y, por escritura pública de 30 de abril de 1991, vendieron el inmueble por el precio de 200.000.000 de pesetas, sin que el mandatario ejerciera su derecho de adquisición preferente. Interpuesta demanda por el Sr. A. G. F., el Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato. La Audiencia Provincial admite en parte los recursos de apelación y modifica la cuantía indemnizatoria. El TS declara no haber lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios pero sí a la de retribuir al mandatario. (J. M. B. S.)

28. Revocación del mandato.—Aun admitiendo que al contrato le sea aplicable la normativa de los artículos 1709 ss. CC, nos encontramos ante un contrato sinalagmático, con prestaciones recíprocas, y con un plazo de duración preestablecido. Se trataría de un mandato retribuido al que le sería aplicable la doctrina de la S de 21 de diciembre de 1963 —referida al contrato de comisión—, según la cual cuando se ha establecido un plazo de duración «evidentemente en interés común de ambas partes contratantes», la facultad de revocar subsiste, mas si se impone antes de la expiración del plazo, sin haberse demostrado justa causa dimanante de lo pactado por parte del mandatario o comisionista, entonces el comitente debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasione (S de 6 de diciembre de 1924).

Doctrina que aplicó, ya se tratase de un contrato innominado *facio ut des*, ya de una comisión mercantil, con fundamento en el artículo 57 CCO y en los artículos 1101 y 1106 CC, con criterio coincidente con la jurisprudencia francesa e italiana sobre la revocación «extemporánea o intempestiva del mandato», y que se reitera en la S de 25 de noviembre de 1983. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El contrato que dio origen al litigio se celebró entre dos sociedades mercantiles, *Astevi, S. L.*, y *Real Compañía de Vinos, S. A.* La primera se comprometía a prestar lo que llamaban «servicios industriales» por cuenta y riesgo de la segunda. Los servicios consistían en mantener las relaciones de la bodega perteneciente a *Real Compañía de Vinos, S. A.*, con distintos organismos —Delegación de Hacienda, Ayuntamiento, Gobierno autónomo, entre otros—, así como trabajos de acondicionamiento y puesta en marcha de la bodega, elaboración, crianza, embotellado, y compra de materias primas y maquinaria. Se pactó un plazo de duración del contrato de tres años prorrogables. Pese a que *Astevi, S. L.*, iba cumpliendo con su prestación, la otra parte la requirió notarialmente a fin de resolver el contrato antes de acabar el plazo referido. Al parecer, las partes discrepaban sobre la actuación de la primera con relación a la puesta en marcha de la bodega. *Astevi, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño, en la que ejercitaba la acción de cumplimiento del contrato. La sentencia estimatoria fue confirmada por la Audiencia Provincial de Logroño. *Real Compañía de Vinos, S. A.*, recurrió de nuevo, esta vez en casación. El TS entiende que el recurso no ha lugar. (A. R. G.)

29. Responsabilidad civil derivada de delito: agente mediador que se apropia de aportaciones de los inversores: prescripción de la responsabilidad penal y civil: doctrina general.—En nuestro ordenamiento jurídico la acción civil se ejercita conjuntamente con la penal (arts. 105 y 108 LECr), bien por el Ministerio Fiscal (art. 105) o por la parte perjudicada (art. 110), salvo que ésta renuncie o se la reserve (art. 112), y promovido juicio criminal no puede seguirse sobre el mismo hecho pleito civil hasta que termine aquella vía (art. 114). Ambas acciones, penal y civil, son prescriptibles; la penal cuando transcurre el tiempo fijado en el código para el delito de que se acusa, y la civil, si se ejercitan juntas, sigue el mismo régimen que la penal respecto al lapso de prescripción; ahora bien, si ejercitada la acción penal termina sin condena —caso presente—, y no se declaran inexistentes los hechos (art. 116), queda expedita la vía civil, que en tal caso podrá estar sujeta a la prescripción de un año si la demanda se funda en responsabilidad extracontractual, y tal plazo se computará desde el día en que pudo ejercitarse, que será el siguiente a la firmeza de la resolución que puso fin al proceso, o será el plazo correspondiente a la prescripción del contrato si los hechos se han cometido con ocasión de vínculo obligatorio contraído, y en su cumplimiento se ampara la pretensión.

Mutatio libelli permitida: reparación de daños por ruptura del vínculo contractual: Dies a quo.—En este caso la pretensión se ha fundado en la imposibilidad de llevar a feliz término un contrato mercantil de suscripción de títulos de capitalización, y ese incumplimiento se ha producido porque el agente que medió en el contrato y que siguió encargado de los cobros sucesivos, rompiendo el vínculo de fidelidad y de la buena fe que ha de presidir la contratación, perjudicó a los actores (arts. 7.1 y 1258 CC y 57 CCO); la pretensión ejercitada es la reparación de los daños por romper el vínculo contractual y en

consecuencia, aun alegada en la demanda la responsabilidad extracontractual, en realidad se está ante una contractual, cuyo plazo de prescripción es el de quince años; la alteración de la fundamentación de la condena es simple aplicación del principio *iura novit curia*, y del aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, y no se ha producido indefensión alguna, debiendo advertirse que la parte que tanto énfasis pone en la prescripción ni siquiera cumple con su deber de alegar cuál fue el día inicial de su cómputo, pues no consta en las actuaciones que el auto de sobreseimiento libre fuera notificado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas si las hubiere, que es requisito para dejar expedita la vía civil, por transcurrido el plazo de recurso y ganar firmeza la decisión.

Cuantía de la indemnización.—Aunque ambas partes recurren este punto, la Sala de la Audiencia ha estudiado detalladamente las consecuencias de la ruptura de contrato de capitalización, con grave daño para los actores, por causa sólo imputable a la sociedad X que actuaba a través del agente de su confianza, haciendo uso de la sana crítica para apreciar la prueba pericial, y en definitiva utiliza su facultad para fijar el *quantum*, que ha de respetarse en casación. (STS de 9 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia *pedagógica* (Pte. Marina Martínez-Pardo) que sintetiza la *communis opinio* jurisprudencial en la materia con una plausible explicación de la *mutatio libelli* que, de modo concorde, han realizado y aceptado todas las instancias judiciales que han intervenido; es evidente que la fuente del daño cuya reparación se solicita es contractual. Sorprende la antigüedad de los hechos incriminados, cometidos entre 1972 y 1975; y también la indemnización efectivamente concedida (7.405.440 pesetas, que es la de la sentencia de la AP), frente a la solicitada en la demanda y otorgada por el Juzgado de Primera Instancia (22.330.473 pts.). En el FD 1.º de la S extractada se da por probado que los actores llegaron a invertir algo más de cuatro millones de pesetas, sin que se explique de alguna manera la disparidad de estas cifras. En todo caso, se aplica la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la fijación del *quantum* indemnizatorio. (G. G. C.)

30. Muerte por descarga eléctrica: tendido de alta tensión sobre finca de regadío; establecimiento voluntario de servidumbre legal de paso de energía eléctrica conforme Ley de 1966: responsabilidad por riesgo: previsibilidad de formación de arcos voltaicos por inducción: negligencia de personal técnico al servicio de empresa hidroeléctrica: inexistencia de culpa de la víctima.—El fallecimiento de la víctima se produjo por una descarga eléctrica de alto voltaje, sin que pueda asegurarse que el desencadenante de la misma fuese la entrada en contacto de los tubos de regadío, que portaba la víctima, de seis metros de longitud, con los cables situados a 6,26 metros del suelo; existe un informe técnico que afirma que el accidente pudo producirse por inducción, surgiendo una descarga desde los cables al tubo, a modo de arco voltaico; al establecerse la servidumbre, los técnicos de la empresa conocieron que la finca sirviente se dedicaba a regadío, subsistiendo después sus obligaciones de vigilancia, conservación y reparación, por lo cual el riesgo pudo y debió preverse, evitando con una instalación adecuada, dados los avances científicos, toda posibilidad de contacto de cables y tubos y, aun descartando tal contacto, adoptando las medidas de seguridad conducentes a la formación de arcos voltaicos, acaecimiento que en modo alguno era imprevisible, teniendo en cuenta que en las fincas de regadío se mantiene un elevado índice de humedad. Son precisamente las circunstancias de personas, tiempo, lugar, sector del tráfico y realidad social, las que imputan civilmente a la empresa hidroeléctrica, y a sus especialistas, el

no prever lo que pudo y debió ser previsto y evitado, sin que pueda trasladarse a unos labradores, como la víctima y su padre, aunque aquélla de diecinueve años estuviese estudiando, de modo que lógicamente habían de fiar, más que en sus conocimientos, en los mayores, por científicos, de los expertos de la empresa, sobre quienes recae una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, aplicando la inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad por riesgo, sin que se pactase la no utilización de la finca para regadío, ni siquiera que se advirtiese de los peligros de electrocución por inducirse una descarga eléctrica. (STS de 18 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Fernández-Cid de Temes) con un minucioso análisis de los hechos y correcta calificación de los mismos. Es probable que el revestimiento de los cables de alta tensión que hoy atraviesan profusamente los campos españoles, fuese una medida que evitara buena parte de los riesgos que la S detecta en las fincas de regadío atravesadas por líneas de alta tensión, sujetas a una normativa de 1966, necesitada de urgente revisión; en términos de análisis económico del Derecho parece claro que a las empresas hidroeléctricas les trae más cuenta abonar las condenas que no revisar todas las instalaciones. ¿Habría que esperar a una Directiva comunitaria? (G. G. C.)

31. Responsabilidad médica: operación de cadera con secuelas: culpa levísima: reponsabilidad solidaria del médico y del Insalud.—Se acoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y su apreciación de culpa, aunque fuera levísima, bien por realizar la operación de forma rutinaria, ya por no verificarse control, sea por realizar éste de modo insuficiente, pues que, aun partiendo de que no cabe aplicar en este campo de responsabilidad médica, la inversión de la carga de la prueba, ni la responsabilidad objetiva, y que existe riesgo implícito en toda operación, así como de que el diagnóstico fue correcto, que la displasia del cotilo requería la cementación, generante de elevadísimas temperaturas, siendo la vía de acceso adecuada la lateral o la posterior, por lo que en la parte opuesta quedan los vasos y nervios invisibles al cirujano, haciendo posible su lesión y la de la femoral, lo que no se justifica ni explica es el rebosamiento del cemento que llega a ponerse en contacto con la arteria, ni que la trombosis de la femoral se produjera por una cuña del cemento del cotilo, al fraguar, que llegó a la pared posterior de la arteria, quemándola, ya que este resultado no es debido sólo a la temperatura que genera el fraguado, y el rebosamiento y cuña producidos no se presentan como necesarios e inevitables, ni consta que de todo ello se informase a la interesada antes y después de la operación, cual es exigible.

Prescripción: dies a quo: responsabilidad derivada de lesiones: doctrina legal.—La doctrina legal sentada por sentencias uniformes y constantes de esta Sala, señala al respecto: 1.º A los efectos de las consecuencias derivadas de las lesiones hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, pues entonces ha de situarse el cómputo inicial del plazo en el momento en que se tenga conocimiento del último estadio del total resultado, pues las series progresivas, o que así se creen, no pueden fraccionarse, y al paciente ha de comunicársele el diagnóstico irreversible y definitivo del daño causado, sin pretender que lo deduzca como cuando conserva esperanzas de mejoras. 2.º El instituto de la prescripción ha de interpretarse y aplicarse de modo restrictivo, por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho y no en principio de justicia intrínseca; y 3.º Como consecuencia de los puntos anteriores, ha de con-

clirse con la STS de 10 marzo de 1989 que tanto la indeterminación del día inicial como las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse, en principio, en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado; en el presente caso, y dando por supuesto que la paciente tiene que tener cabal y completo conocimiento del alcance del mal, y en el alta de sanidad han de quedar constatadas las secuelas, en el presente caso no aparece notificación a la enferma de las secuelas definitivas, no susceptibles de mejora, lo que lleva, al menos, a dudar sobre cuál fue el día inicial y su determinación, hasta la propuesta de incapacidad permanente absoluta del Insalud, momento en el que se sucedieron las reclamaciones interruptivas de la prescripción. **(STS de 19 de febrero de 1998; ha lugar.)**

NOTA.—Parece claro que existe un propósito ocultador de las secuelas de la operación de cadera, o, al menos, una conducta por parte del Insalud cuyo resultado objetivo es que la interesada no llega a adquirir noticia de aquéllas hasta el punto de que sigue confiando en su curación sometándose a otra operación en la cadera derecha. La mera constancia de las secuelas en un informe médico interno, no notificado, no puede constituir el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción. Se produce una situación de incertidumbre que sólo se disipa con la propuesta incapacitante del Insalud hecha a la operada, a partir de la cual se suceden las reclamaciones interruptivas de la prescripción. Sentencia de aprobar que aplica una conocida y reiterada doctrina sobre la materia, sin perjuicio de recordar el carácter restrictivo de la prescripción extintiva, recaída mayoritariamente a propósito de las reclamaciones por culpa extracontractual. (G. G. C.)

32. Culpa médica: transfusiones de sangre de donantes no identificados: protección de consumidores en la prestación de servicios sanitarios: transmisión del virus del sida: relación de causalidad: responsabilidad del Insalud.—Es un hecho gravísimo que en la prestación de servicios sanitarios se realicen transfusiones de sangre infectada con el virus del sida, siendo de aplicar el apartado 1 del artículo 28 LGDCU de 1984, mientras que el apartado 2 alude expresamente a los servicios de aquella clase, debiendo entenderse que el *correcto uso* que se exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone dicho precepto es equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo, lo mismo que su esposo, sin que esta responsabilidad tenga nada que ver con la conducta prudente o imprudente del hospital; la relación de causalidad entre la transfusión de sangre y la aparición posterior de anticuerpos, puede ser sometida a casación para la determinación de la responsabilidad, cualquiera que fuese el criterio, objetivo o subjetivo, que se utilice; el hospital dependiente del Insalud incumplió el RD de 9 de octubre de 1985, por el que se regula la hemodonación y bancos de sangre, y la normativa de desarrollo, pues no consta respecto a cuatro donantes su identidad, ni que el hospital hubiera cumplido aquélla, lo que ha impedido que se repitiera la práctica de pruebas anti-sida a dichos donantes, no estando la actora, ni su esposo, incursos en ninguno de los grupos convencionalmente llamados de riesgo, lo cual prueba que el servicio de transfusiones no funcionaba correctamente.

Falta de protección de la familia: artículo 39 CE: aplicación analógica del RDL de 28 de mayo de 1993 sobre ayudas públicas: defecto procesal de la demanda.—Por el defectuoso suplico de la demanda, no se ha podido conceder indemnización más que a la actora, que actuaba para sí, si bien la sentencia recurrida no niega el derecho a obtener otras indemnizaciones si desarrolla la enfermedad, dada su condición de seropositiva; el artículo 39 CE no puede ser

alegado aisladamente ante los Tribunales, sino de acuerdo con las leyes que lo desarrollen; el RDL de 1993 no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, siendo una cuestión nueva su posible aplicación analógica. (STS de 11 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Véanse observaciones a S de 26 de febrero de 1998, que se extracta a continuación. (G. G. C.)

33. Responsabilidad médica: hemodiálisis periódica con inoculación del virus del sida: falta de personalidad del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad: subsanación.—Han de superarse formalismos irritantes para que se interprete la tutela judicial efectiva en sentido adecuado para que produzca efecto, y sin dilaciones indebidas; en el presente caso hay que entender que demandar al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña equivale a demandar a esta última, teniendo además en cuenta que la reclamación administrativa previa, se dirigió también contra el Consejero del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, por lo cual éste pudo conocer los hechos y trasladarlos al organismo competente, estando asimismo los poderes para pleitos otorgados por el Consejero, por todo lo cual el fallo condenatorio del Juzgado y Audiencia ha de entenderse en el sentido de que se condena a la propia Generalidad a través de su Departamento.

Cuantía de las indemnizaciones: carácter orientativo del RDL de 28 de mayo de 1993.—La regulación contenida en el RDL de 28 de mayo de 1993 tiene carácter meramente orientativo, al regir el arbitrio judicial respecto a *quantum* indemnizatorio, sin posible acceso a la casación, aparte de tratarse de una norma no obligatoria para los Tribunales, regular la concesión de *ayudas públicas* y no contener ningún baremo dirigido a aquéllos.

Imposición de costas con base en el vencimiento.—Para evitar que la más pequeña diferencia cuantitativa entre lo pedido y lo concedido impida aplicar el criterio del vencimiento objetivo, en la práctica del foro se añade, después de pedir una cantidad concreta, una fórmula subsidiaria o alternativa consistente en solicitar la cantidad más justa que resulte de la prueba, de dudosa claridad y precisión, que se agrava cuando los términos del fallo, como en este caso, no se concretan en una cantidad sino que se refieren a pensiones de por vida, asistencia etc.; pero sin que en tales casos pueda existir una estimación parcial de la demanda; por ello, en este caso, hay que entender que la demanda ha sido acogida en su integridad, por no poder afirmarse que haya una estimación sólo parcial; por otra parte, desestimada en su totalidad la pretensión de la parte actora respecto a dos de los demandados, procede imponer al actor las costas por ellos causadas, estimando en este único extremo el recurso de la Generalidad, a través de su Departamento de Sanidad y Seguridad Social.

Implantación obligatoria del test del sida: negligencia de la Administración sanitaria catalana y de los médicos.—Si bien los médicos pertenecientes al Servicio de Microbiología y Parasitología del centro hospitalario conocían, y, en cierto modo, disponían de las técnicas necesarias para realizar el test anti-sida con anterioridad a la transfusión causante de la inoculación dañosa, no hay que olvidar el carácter de dependientes que tenían tales médicos y su falta de medios hasta que se les proporcionaron a partir de la Orden de 10 de octubre de 1986, debiendo tenerse en cuenta que en dicha época la eficacia de los reactivos se ponía en duda por sectores científicos y los tests se realizaban con carácter experimental y a título de experiencia-piloto, por lo cual su absolución está justificada,

Revisión de la cuantía indemnizatoria.—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala que el *quantum* indemnizatorio es cuestión de hecho, no revisable

en casación, y que corresponde fijarla a los Tribunales de instancia; jurisprudencia tan repetida que resulta ociosa, pero sin que exista inconveniente en reseñar las SS de 23 de abril, 26 de julio y 29 de noviembre de 1994, 22 de mayo y 30 de junio de 1995; es incierto y se falsea la verdad cuando se afirma que se han aplicado a rajatabla los precepto del RDL de 1993, pues existe una indemnización de diez millones por la imposibilidad del trasplante renal, que para nada se contempla en el mismo; los artículos 1101 y 1902 CC contemplan como supuesto de hecho el incumplimiento contractual y la existencia de daños producidos por daño o negligencia, pero no establecen su cuantía ni la forma de determinarla. (STS de 26 de febrero de 1998; ha lugar en cuanto a costas de primera instancia.)

NOTA.—He aquí dos sentencias de objeto sustancialmente idéntico, a saber la indemnización por inoculación del virus del sida, tema de gran actualidad, dentro y fuera de España. Ambas sentencias son condenatorias del Insalud y del órgano paralelo en Cataluña; pero son distintos los Ponentes y varían las circunstancias fácticas y los motivos del recurso y, en consecuencia, la *ratio decidendi*; tampoco hay paralelismo en la forma de establecer la indemnización.

En la *S de 11 de febrero de 1998* (Pte. Gullón Ballesteros), sin que conste la fecha en que se produce la transfusión (la S del Juzgado de Primera Instancia es de 1992) se reclaman cien millones de indemnización, concediéndose en primera instancia diez millones por el estado actual de la actora como portadora de anticuerpos de VIH, y se fija una *condena de futuro* de 25 millones para el caso de que apareciesen los síntomas de la enfermedad; en apelación se suprime la condena de futuro y se eleva a doce millones la cuantía de la indemnización. En casación se desestima el recurso interpuesto por el Insalud y por la actora. En cuanto a este último la S reprocha al letrado recurrente invocar un motivo «carente de una trabazón coherente desde el punto de vista jurídico», así como «el defectuoso suplico de la demanda»; sin perjuicio de que la actora tenga derecho a nuevas indemnizaciones si desarrolla la enfermedad, da a entender que las concedidas hubieran sido mayores de haberlas solicitado también en nombre de sus hijos (¿demanda en turno de oficio por aplicación de la asistencia judicial gratuita?). Para rechazar el recurso presentado por el Insalud la S enmarca la litis en el artículo 28 LGDCU de 1984, aunque declara la culpa del centro hospitalario por incumplimiento de la normativa legal sobre control de la sangre donada por terceros (RD de 9 de octubre de 1985), originando un defectuoso funcionamiento del Servicio de Transfusiones.

En la *S de 26 de febrero de 1998* está en juego la responsabilidad del Servicio Catalán de la Salud, por hechos ocurridos antes de entrar en vigor la Orden de 10 de octubre de 1986, que impuso, en aquella Comunidad Autónoma, la obligatoriedad de las pruebas de detección del antígeno del sida. En la demanda se solicita una indemnización de 70 millones, y el Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, aunque la suma pedida la desglosa en 50 millones como indemnización del *pretium doloris*, y 20 millones como capital afectado durante la vida del actor al pago de gastos farmacéuticos, clínicos, hospitalarios, médicos, etc., pero perteneciendo la propiedad a la entidad condenada. En apelación se modifica sustancialmente la forma de la indemnización: 20 millones como *pretium doloris*, y pensión vitalicia, en favor del perjudicado equivalente al doble del salario

mínimo interprofesional, así como pensiones temporales por cada hijo dependiente hasta cumplir veinticuatro años, equivalente a los 2/3 del salario mínimo interprofesional. Recurren ambas partes en casación, y sólo se estima a efectos del pago de las costas en primera instancia de los demandados absueltos, desestimándose en el resto. En la doctrina sentada al rechazar los recursos merecen destacarse algunos extremos: *Falta de personalidad de uno de los demandados*: A mi juicio esta excepción se hubiera estimado probablemente antes del artículo 24 CE y de la abundante jurisprudencia del TC sobre dicho precepto, ya que la demanda se interpone contra el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña; sin embargo la presente S establece una doctrina, por lo menos, novedosa, al declarar que el fallo condenatorio del Juzgado y Audiencia ha de entenderse en el sentido de que se condena a la propia Generalitat a través de su Departamento (sin perjuicio de que ciertos actos anteriores de aquélla podrían integrar la doctrina de los actos propios). *Modalidades de la indemnización*: El TS da por bueno la modalidad adoptada por la S de la AP, a saber, indemnización más diversas pensiones; obsérvese que no se fija tope alguno a la cuantía de las pensiones que vayan a percibirse, cuyo monto total ha de superar normalmente la suma pedida en la demanda (70 millones), ya que el perjudicado es un hombre de veinticinco años al presentar la demanda. *Presunción de culpabilidad*: se establece ante la ausencia de normativa sobre el control de la sangre donada al tiempo de producirse los hechos; ello hace ver la excesiva prolongación de este pleito, pues la inoculación es anterior a 1986 y la S del TS se pronuncia doce años más tarde, ¿cómo habrá sobrevivido el enfermo y su familia durante este período? Por otra parte, entre el momento de la inoculación del virus y el de la manifestación de la enfermedad suele transcurrir algún tiempo, y lo propio ocurre con el fatal desenlace ¿qué ocurrirá con las inoculaciones del virus mediante transfusiones ocasionadas después de 1986?; por un lado, ¿es absolutamente seguro el método de control?, por otro, ¿aplicará el TS el criterio de responsabilidad cuasi-objetiva del artículo 28 LGDCU?

Aunque la enfermedad en España parece se encuentra frenada, y en cierta regresión, recientes estadísticas (cfr. Méjica, *Régimen jurídico del sida*, Granada, 1999, pp. 8 ss.) indican que desde 1981, primer año de la epidemia, hasta el 30 de junio de 1998, se han diagnosticado y contabilizado a través del registro nacional del sida, un total de 51.284 casos del VIH, habiendo fallecido el 54 por 100 de enfermos, siendo la primera causa de muerte entre los 25 y los 34 años; nuestro país es el más castigado de la UE, con una incidencia de 167 casos por millón de habitantes, siendo la media europea de 43,5.

En la década de los noventa, todas las Salas del TS están dictando resoluciones en asuntos relacionados con el sida. De la Sala 4.^a cabe mencionar las SS de 26 de abril y 18 de diciembre de 1995, 10 de junio de 1996 y 7 de febrero de 1997 (casi siempre resolviendo recursos para unificar la jurisprudencia). La S de 6 de febrero de 1996, de la Sala 3.^a, condena al Servicio Andaluz de la Salud a pagar una indemnización de veinte millones por fallecimiento de un enfermo en octubre de 1989, aplicando la responsabilidad objetiva. Muy comentada ha sido la S de 18 de noviembre de 1991, de la Sala 2.^a (Pte. De la Vega Ruiz), en atención a su cuidada información médica y a lo matizado de su argumentación, al condenar exclusivamente por delito de imprudencia temeraria al Director Médico del Hospital, y a una

falta de igual naturaleza a la Directora gerente del mismo, fijándose una indemnización de diez millones, complementada con otra de quince si se desarrolla la enfermedad, en proporción al 75 por 100 y al 25 por 100 para cada condenado (el contagio es anterior a la Orden que impone el control de la sangre donada). En materia civil, además de las dos aquí anotadas, hay que mencionar: *S de 27 de enero de 1997* (Pte. Almagro Nosete), en la que resulta condenada la Comunidad de Madrid por negligencia en la custodia de historial médico de enfermo de sida, en hospital dependiente de aquélla, utilizado luego como medio de chantaje; los daños morales se cifran en cinco millones (frente a los quince solicitados). *S de 18 de febrero de 1997* (Pte. Almagro Nosete), relativa a supuesto típico de contagio de sida por transfusión de productos hemoderivados, con resultado de muerte, en enfermo no perteneciente a grupos de riesgo, de cuarenta y ocho años de edad, con salud normal, realizada en 1983, falleciendo ocho años más tarde sin dejar de estar enfermo un solo día; aplica el artículo 40 de la Ley de 1957; declara probado que ya se conocía en el mundo científico el riesgo de transmisión del sida y no se informó al enfermo del mismo; se indemniza a la esposa en cuarenta millones. *S de 24 de junio de 1997* (Pte. Marina Martínez-Pardo), supuesto de hecho y resolución análogos. Estas dos últimas SS causan alguna sorpresa en la doctrina. ¿Se deben juzgar los contagios previos a 1986 desde la perspectiva y con los conocimientos actuales sobre el sida? (pregunta Méjica, *op. cit.*, p. 346). (G. G. C.)

34. Responsabilidad extracontractual del Insalud: suicidio de paciente ingresado debido a intentarlo por inhalación de gas butano: falta de vigilancia: culpa in eligendo o in vigilando.—El enfermo había intentado suicidarse en su domicilio, el 17 de octubre de 1990, por inhalación de gas butano, y los centros médicos en que fue asistido sabían que tenía la idea, manía u obsesión del suicidio; al ingresar el 19 de octubre en el centro Valdecilla, el servicio de psiquiatría diagnosticó *intento de suicidio*, y así se reflejó en los partes-diarios de las enfermeras; el 23 de octubre, un hijo suyo fue a visitarle al Hospital, no hallándole en su habitación, y sí a unos guardas-jurados que iban a avisar que habían encontrado su cadáver en la calle, entre la calzada y la acera, comprobándose que se había arrojado desde el tejado, accediendo a un saliente de éste desde su habitación; la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, llegando a un sistema en que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, vienen a aceptarse soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo; a la hora de exigir responsabilidad a los Centros Hospitalarios habrá que indagar, a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, si hay *culpa in vigilando* o *in eligendo*, desde el punto de vista de la organización de los servicios, y si hay una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trata; lo cierto es que faltaron los mecanismos de vigilancia y custodia a tener en cuenta, pues hubiera sido preciso que la habitación asignada al enfermo careciera de la posibilidad de acceder al tejado, y que la vigilancia no hubiera cesado al retirarse el enfermo a su habitación para descansar; solución conforme con la adoptada en SS de 11 de marzo de 1995 y 3 de junio de 1996. (STS de 3 de marzo de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Parece claro que, al menos durante ciertas horas, el enfermo no estaba adecuadamente vigilado y, concretamente, durante las horas de descanso. Las autoridades hospitalarias han de ser conscientes de que la sección de Psiquiatría (especialmente la sección de agudos) precisa de la *asistencia constante* de personal especializado, respecto de los enfermos que han dado muestras evidentes de proclividad al suicidio; en estos casos, además de los deberes generales que recaen sobre todo centro médico, parece que puede exigirse uno especial de vigilancia durante las veinticuatro horas del día. A mi juicio, en el caso contemplado, la condena está justificada. En el mismo sentido se cita en S extractada el criterio mantenido en SS de 11 de marzo de 1995 y 3 de junio de 1996. Pero no debe olvidarse, en sentido contrario, la S de 16 de mayo 1996 (extractada en *ADC*, 1998, p. 382, núm. 39) que declara, a tenor de las circunstancias concurrentes, falta de prueba de una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*. Hay que reconocer que esta clase de hechos es todavía poco significativa en el conjunto nacional; no obstante convendría una mayor unificación de los criterios jurisprudenciales. (*G. G. C.*)

35. Colisión de moto con árbol caído en camino vecinal: responsabilidad de la Xunta de Galicia que recibió las obras y del Ayuntamiento como propietario del camino vecinal. Artículos 1902 y 1908.3.º: solidaridad.—El artículo 1902 CC tiene sentido general y se extiende a toda acción u omisión que causa daños a otro, interviniendo culpa o negligencia, y cuando a la producción del evento dañoso concurren causas concatenadas, sin solución eficaz de continuidad, originadas o no impedidas por conductas omisivas o comitivas negligentes, que previenen de distintas personas, la pluralidad de éstas son responsables y comparten la totalidad de los daños con carácter solidario. La inicial negligencia de la Xunta deriva del singular e irregular emplazamiento del árbol dentro del talud, hecho que se remontaba al tiempo de construcción por cuenta de aquella entidad, quién creó un riesgo previsible que era evitable con la elemental diligencia de retirarlo. La obra fue recibida por la Xunta, quien transfirió la propiedad del camino vecinal, sin reserva de ninguna clase, al Ayuntamiento, quien tuvo a su cargo el cuidado y mantenimiento del mismo; entidad que actuó con negligencia al omitir los deberes de atención y cuidado de la carretera rural, en que se produjo la colisión de la moto, permaneciendo aquella cortada, durante, al menos, dos noches y media, por la caída de un árbol sobre la calzada, sin que tal circunstancia fuese detectada por los servicios municipales, ni antes, ni después, de la caída del árbol, hasta que ocurrió el accidente; sin que pueda exonerarle la existencia en la zona de un fuerte temporal de lluvia y viento —situación relativamente normal— y que le obligaba a extremar su diligencia. El artículo 1908.3.º CC tiene sentido específico, por cuanto se refiere al propietario y a un evento determinado, a saber «caída de árboles colocados en sitios de tránsito», y no exige la culpa del propietario, por lo que constituye un caso de responsabilidad objetiva, otorgando al actor un plus de facilitación del éxito de su pretensión. En el presente caso, tanto la responsabilidad del Ayuntamiento, como de la Xunta, se basa en la existencia de culpa en ambas entidades.

Modalidad indemnizatoria mixta consistente en capital más pensión: lesiones consistentes en tetraplejía completa por sección medular, con total dependencia de otra persona: congruencia.—La Sala asume el carácter innovador de los criterios empleados para determinar la reparación posible de los daños y perjuicios causados, fijando la entrega de un capital de treinta millones de pesetas y una pensión vitalicia de carácter anual de 5.475.000 pesetas revisable conforme al IPC, como estimación prudencial del coste de la asistencia especiali-

zada del lesionado de 15.000 pesetas diarias, con un límite máximo total de 250 millones de pesetas; sistema mixto que busca la protección individual del perjudicado, merecedor de toda clase de protección, por su evidente deterioro físico y psíquico, facilitando el cumplimiento de las pretensiones deducidas en trámite de ejecución de sentencia, lo que no conlleva vicio de incongruencia, dado que el concepto de *reparación* exige, para su más adecuada eficacia, una adaptación a la naturaleza del daño y sus perjudiciales consecuencias. (STS de 17 de marzo de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Quedar tetrapléjico a los dieciocho años puede ser una de las cosas peores que pueden ocurrirle a un joven. Pedir una indemnización de 250 millones de pesetas, sin embargo, puede, a algunos, parecer excesivo, y constituye, a lo que me consta, una de las mayores cifras pedidas como indemnización ante nuestros Tribunales civiles. Encontrar un Juez de Primera Instancia que acierte con la fórmula jurídica para estimar en tales términos la demanda, de modo que todas las instancias judiciales intervinientes la den por buena, le califican, de alguna manera, de *Juez-estrella*, aunque no logre salir en los medios de comunicación. El FD 4.º, de la S extractada alude, con razón, del carácter *innovador* de los criterios empleados para determinar la reparación. Fórmula que, curiosamente, tampoco satisfizo al actor, pues hizo de esta cuestión motivo de recurso, pero que resulta razonable y prudente a la vista de las circunstancias. El capital inicial concedido de 30 millones de pesetas permite al perjudicado, y a su familia, hacer frente, con cierta holgura económica, a la nueva situación, aunque no excesivamente suficiente para sus gastos ordinarios de mantenimiento; mientras que la pensión anual, revisable según el IPC, asegura el pago periódico de la ayuda necesaria por terceras personas. Es obvio que en el concepto de *reparación*, puede entrar una pensión vitalicia, siendo ambos compatibles con el de *indemnización de daños y perjuicios*. Como resulta ya habitual destacarlo, hay un plazo de seis años que transcurre desde que se produjo el accidente hasta que recae S firme; retraso no muy llamativo, aunque, hasta este momento, ¿cómo ha subsistido la víctima? (Puede verse, *infra* S de 26 de febrero de 1998, otra condena relativamente elevada en un caso de inoculación del virus del sida, comprendiendo la indemnización una suma por el *pretium doloris* y unas pensiones vitalicias calculadas conforme al SMI en favor de la víctima y de sus hijos menores hasta cumplir éstos veinticuatro años).

Es de aprobar que no se estimara incongruencia en el hecho de señalar este sistema mixto de indemnización, pese a no solicitarlo la demanda. También es acertado fijar la responsabilidad de la Xunta —absuelta en apelación—, por cuenta de la cual se hicieron las obras de concentración parcelaria. ¿Hubo razones sentimentales para conservar el único pino existente en un talud sobre el camino?; sea de ello lo que fuere, nunca han de descuidarse por la Administración las medidas de seguridad vial.

Sorprende, por último, que en el pleito no se alegue, por el Ayuntamiento, ni por la Xunta, incompetencia de jurisdicción, al menos a efectos dialécticos, aunque el 8 de enero de 1992, en que se produjo el accidente, todavía no había entrado en vigor la Ley de Responsabilidad civil de todas las Administraciones públicas. (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: daños por trabajos de excavación en conducción eléctrica: responsabilidad directa por los dependientes, y de las Aseguradoras; solidaridad: inexistencia de litisconsorcio pasivo.—Los daños se

producen aun sabiendo que debían pedirse, con antelación, los planos de las canalizaciones, cosa que no se había hecho por premura de tiempo, conociendo también que la licencia del Ayuntamiento fijaba otro trazado, que se había desechado, todo lo cual originó que se enganchase y dañase un cable subterráneo perteneciente a la línea de alta tensión de *Hidroeléctrica Española*, a quien se originaron daños que superaron los veinte millones de pesetas. La simple lectura de la base fáctica revela que la dirección de la obra estaba encomendada a don Indalecio G. F., trabajador y jefe de obras de *OSHAS*, por lo que la responsabilidad directa de esta sociedad nace de la relación jerárquica o de dependencia en que se encontraba respecto de ella; en la misma medida en que la responsabilidad directa de la Aseguradora nace de la Ley del Contrato de Seguro; produciéndose solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1144 CC; y sin que exista litisconsorcio pasivo necesario, pues, aun concurriendo pluralidad de agentes, la causa es única y no es posible establecer distintas responsabilidades.

Solidaridad impropia en el ilícito culposo.—El vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan establecerse entre los distintos condenados o intervinientes en la vía que proceda; siendo doctrina de esta Sala que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, estando, como está, bien constituida la relación jurídico procesal, y sin que pueda olvidarse que la solidaridad surge también respecto de los que directamente han de responder por otro (SS de 11 y 14 diciembre de 1996); por otra parte, el avance jurisprudencial en beneficio del perjudicado no puede quedar sin efecto con la alegación de que el fallo puede afectar a terceros sin que fuesen oídos, ni vencidos, porque ya lo serán, en su caso, de ejercitarse contra ellos el derecho de repetición, ajeno al perjudicado. (STS de 13 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Siendo indudable el carácter culposo de los hechos realizados por la empresa que los dirigía y tenía a su cargo, cuya responsabilidad estaba, por otro lado, debidamente asegurada, la única defensa de los demandados consistió en llamar la atención sobre la existencia de otras personas intervinientes de algún modo en el hecho: la empresa de gas para la que se efectuaban las excavaciones, la empresa subcontratista, y el maquinista que las ejecutaba materialmente. Con acierto la S extractada niega la existencia de litisconsorcio entre ellas y con la empresa condenada. (G. G. C.)

37. Daños ocasionados por la Administración a particulares: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: régimen general.—Además de las disposiciones aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas según sus Estatutos, la normativa aplicable se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149.1, regla 18.ª, CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; en el artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de

«las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración»; y, por último, en los artículos 139 ss. de la Ley de 26 noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en este aspecto por el RD de 26 de marzo de 1993. Después de la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 CC por Ley de 7 de enero de 1991, y la publicación de la reseñada Ley de 1992, es evidente un cambio de panorama competencial con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas, y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la CEE, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Derecho transitorio.—Observándose dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para estas reclamaciones, propiciadas muchas veces por los propios Tribunales, singularmente en aquellos debates donde no ha sido invocada la excepción de incompetencia de jurisdicción, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial, por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios competenciales anteriormente vigentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE, por todo lo cual procede declarar en este caso la competencia civil para el conocimiento del asunto del debate.

Daños en sistema de riego por obras en camino vecinal realizadas por Ayuntamiento: legitimación del comunero.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la legitimación activa del comunero se determinará por su fundamento en el derecho material y el resultado provechoso pretendido, sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad, de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad, y siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor.

Costumbre local sobre actuación del marido en la gestión de bienes del matrimonio.—En la zona rural de *La Noguera*, del partido de *Balaguer* es norma común que sea el marido, dentro de la familia, quién cuide de la gestión de todos los asuntos de relaciones externas, lo que hace aparecer claro el actuar de aquél en interés del bien común.

Inexistencia de nexo causal: deber de disminuir el perjudicado el daño causado.—Se pretende no haber existido nexo causal entre el hecho productor del daño y éste, pues lo acaecido se debe a la conducta de la parte actora, quien, después de que el Ayuntamiento arreglara el camino vecinal y cayeran tierras en el sistema de riego de las fincas de aquélla, en vez de quitarlas para poder utilizar de nuevo los aspersores, formuló reclamación previa y luego demanda judicial; argumento a rechazar, pues, la factibilidad de ejecutar por sí mismo las labores de restauración entrañaría una vía de hecho y perjudicaría el litigio pendiente, de modo que el deber genérico de disminución del daño atañente al perjudicado se concretaba en facilitar el conocimiento a la Administración municipal de las consecuencias derivadas de la inutilización del sistema de riego producido por la obra pública, e instarla a su reparación, lo que ha sido debidamente cumplido por la parte actora sin ningún éxito. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Dando por supuesto que, a partir de la Ley de 1992, la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para

entender de las reclamaciones de los particulares por los daños causados por la Administración de todos los niveles (confirmado por el art. 2, letra e, de la Ley de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), lo que ha supuesto un giro legislativo importante, la S de la que ha sido ponente García Varela, mantiene la competencia de la jurisdicción civil invocando razones atendibles para los asuntos pendientes al entrar en vigor la Ley de 1992, por haber sido iniciados con anterioridad. Es cierto que, en el caso, ambas sentencias de instancia no dudan de la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles respectivos, pese a haber sido dictadas después de entrar en vigor aquélla. Con todo, no está claro el tema de la retroactividad o irretroactividad de la norma presuntamente procesal que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (tema que en la S parece resolverse implícitamente a favor de la segunda alternativa), aunque la invocación de los principios de seguridad jurídica y tutela constitucional de los derechos parecen orientarse hacia una solución de equidad.

No deja de ser ingenioso el argumento que esgrime el Ayuntamiento para fundar un deber complementario o accesorio de disminuir el daño que recae sobre el perjudicado; pero la actitud reticente y obstativa de aquél ante las reiteradas reclamaciones del perjudicado, lo inutiliza, pues la diligencia debe predicarse por ambas partes, y, en este caso, el perjudicado ha cumplido con creces lo que cabría exigírsele según la buena fe.

La invocación de una costumbre local o rural no es *ratio decidendi*, sino que sirve para reforzar la doctrina sobre la actuación del marido en interés de la mujer. Hay escasos datos para poder valorar el alcance de tal costumbre: se trata de tierras de Lérida, por lo que cabe pensar en el régimen de separación de bienes del matrimonio como más probable; en tal caso, ¿de qué bienes matrimoniales se trataría? Pues en el régimen de separación, cada cónyuge actúa con independencia frente a terceros en actuaciones sobre su patrimonio; por otro lado, la *consuetudo* sólo podía ser *secundum* o *extra legem*, no *contra legem*. (G. G. C.)

38. Accidente de trabajo con resultado de lesiones: incompetencia de jurisdicción: responsabilidad civil basada en culpa extracontractual derivada de infracción de medidas de seguridad en el trabajo: discrepancia en la jurisprudencia de la Sala 1.ª: doctrina de la Sala de Conflictos.—Existiendo en esta materia jurisprudencia contradictoria de esta Sala, es menester reproducir lo que al punto, tiene resuelto reiteradamente la Sala de Conflictos de Competencia del TS en los autos de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996, pues señala el TC en S de 26 de noviembre de 1985, que es preciso establecer mecanismos y arbitrar medios que eviten contradicciones sobre el mismo hecho, aunque haya sido enjuiciado desde distintas perspectivas, por lo cual procede, y sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma al correspondiente orden social de derecho, haciéndoselo saber así a las partes para que insten lo que a su derecho convenga. (STS de 10 de febrero de 1998; estima de oficio incompetencia de jurisdicción.)

NOTA.—Véanse a continuación las observaciones a STS de 20 de marzo de 1998. (G. G. C.)

39. Accidente de trabajo: caída de obrero con resultado de muerte: incompetencia de jurisdicción apreciada de oficio: infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.—La Sala no tiene sino que reiterar una obviedad jurídica en tema de responsabilidad cuando se ejercita una pretensión con base de la infracción del empresario de las adecuadas medidas de seguridad, control y vigilancia que, por razón del contrato de trabajo, devienen exigibles, sea a través de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 o de cualquier otra normativa posterior, y tanto se inste la tutela por vía contractual —arts. 1101 ss. CC— como a través de la aquiliana del artículo 1902 CC, el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, y que late en cada uno de esos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina del contrato de trabajo y, por tanto, la competencia de este orden social deviene incuestionable, por lo cual procede, sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la propia competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma, al correspondiente orden social de derecho, haciéndoselo saber así a las partes para que insten lo que a su derecho convenga. (STS de 20 de marzo de 1998; estima de oficio incompetencia de jurisdicción.)

NOTA.—Ambas SS se refieren a hechos sustancialmente idénticos y como la doctrina se reitera, bien puede decirse que ambas constituyen *doctrina legal*, avalada por la proximidad en el tiempo de ambos fallos (separados por poco más de un mes), e identidad de Ponente (Martínez-Calcerrada). Por otro lado, la *ratio decidendi* se repite, aunque la segunda sentencia añade también la doctrina de la primera. Aunque se trata de dos accidentes de trabajo, varían las indemnizaciones solicitadas, ya que en la primera se trataba de las lesiones causadas a una encargada de la limpieza de un sinfín, reclamándose quince millones, mientras que en la segunda se reclaman treinta millones para la viuda e hijas por muerte del operario.

Hasta hace escaso tiempo (SS de 4 de junio de 1993, 20 de diciembre de 1996 y 11 de diciembre de 1997, y otras muchas anteriores) la Sala 1.^a, con base en la conocida doctrina de la compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles en caso de accidente de trabajo, había aceptado su propia competencia. Esta línea se quiebra en casos más bien singulares, como el resuelto por S de 24 de diciembre de 1997, en el que el actor se empeña en invocar el incumplimiento del contrato laboral, o la *mutatio libelli* que se manifiesta paladinamente en S de 26 de diciembre de 1997, pues al advertir que había prescrito el plazo anual de la acción del 1902 CC, en apelación se fundamenta la acción en el incumplimiento laboral (no hay duda de que el TS hubiera otorgado indemnización de no haber prescrito la acción aquiliana). Me parece que ahora se consolida una nueva orientación —apuntada ya en S de 2 de octubre de 1994— cuya aplicación *ex officio* va a hacer fracasar no pocas reclamaciones civiles por accidente laboral, pues ¿cómo es posible desincardinar los accidentes laborales del incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo?, ¿deberán tales demandas, para ser acogidas civilmente, alegar y probar exhaustivamente que la seguridad en el trabajo había sido, en el caso, impecable? Adviértase que el TS no ha tomado en consideración, en ningún caso, el hecho cierto del *peregrinaje de jurisdicciones* que la nueva doctrina jurisprudencial ha impuesto a personas de condición modesta (en el primer caso el accidente ocurre en 1991, lo que supone que a los siete años dicen a la actora que *vuelva a empezar*; en el segundo,

no consta la fecha del accidente pero, a los cinco años de la sentencia civil en primera instancia, dicen lo mismo a la viuda e hijas del obreiro accidentado). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

40. Tercería de dominio. Naturaleza jurídica. Objeto.—Declara el TS (entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 1985, 19 de mayo de 1989, 24 de julio de 1992, 2 de noviembre de 1993 y 16 de julio de 1997) que la tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC, es una acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso.

Tercería de dominio. Función procesal.—El TS afirma que la función procesal de la tercería de dominio es la invalidación o ineficacia del embargo, o, lo que es lo mismo, el alzamiento de la traba del embargo. (STS de 11 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Central Hispano, S. A.*, y la sociedad *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.*, suscribieron, el 21 de febrero de 1991, escritura pública de dación de pago, por la que la entidad bancaria asumía las deudas de la constructora a cambio de la transmisión de la propiedad de un buque en construcción.

Por otra parte, a solicitud de *Carpintería Naval José Pérez, S. L.*, se decretan diversos embargos sobre el buque en construcción por deudas de la sociedad *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.* El *Banco Central Hispano, S. A.*, consignó en el Juzgado determinadas cantidades de dinero, lo que provocó el embargo de las citadas cantidades de dinero y el levantamiento de los embargos sobre el buque.

Posteriormente, el *Banco Central Hispano, S. A.*, interpuso demanda de tercería de dominio contra *Carpintería Naval José Pérez, S. L.* (ejecutante), y *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.* (ejecutada), suplicando se declarase que la entidad demandante era propietaria del buque en el momento de decretarse los embargos, así como el alzamiento de los embargos trabados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

41. Tercería de dominio. Necesidad de acreditar el dominio.—Afirma el TS que el tercerista debe acreditar su dominio pleno y excluyente sobre el bien litigioso (SSTS de 14 de febrero y 28 de mayo de 1989). Asimismo, reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1969, 26 de febrero de 1980, 8 de mayo de 1986, 5 de junio de 1989 y 6 de marzo de 1990), exige para la estimación de una tercería de dominio que la justificación de la propiedad del tercerista se refiera a una fecha anterior al momento en que se decreta la diligencia de embargo.

Tercería de dominio. No es suficiente para acreditar el dominio un documento privado de compraventa.—Señala el TS que la prueba del dominio del tercerista no puede basarse únicamente en un documento privado de compraventa, pues dicho documento por sí solo no justifica la transmisión de la propiedad. (STS de 21 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don W. C. B. y otros interponen demanda de tercería de dominio contra *Construcciones Jerez Ramos, S. A.* (ejecutante), y *Promociones Puerto Rey, S. L.* (ejecutada), suplicando se declare que las parcelas señaladas en la demanda son propiedad de los demandantes, así como que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre las mismas.

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

42. Propiedad horizontal. Contribución a los gastos generales de la comunidad. Consideración de gastos necesarios.—Afirma el TS que dentro del concepto de gasto necesario no sólo se deben incluir las contribuciones en sentido tributario o fiscal, sino también, las contribuciones a los gastos generales para el mantenimiento del inmueble y sus servicios que, en proporción a la cuota de participación, el artículo 9.5 LPH impone como obligación a todo copropietario.

Gastos necesarios. Concepto.—Gastos necesarios son los que se realizan para la conservación y el mantenimiento de la cosa. En este sentido, afirma la STS de 3 de diciembre de 1991, que gastos necesarios son los que resultan imprescindibles de tal forma que si no se llevan a cabo, la cosa deja de existir o desmerece.

Incongruencia de la sentencia. Doctrina jurisprudencial.—Reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 24 de junio de 1993, 18 de noviembre de 1996 y 29 de mayo y 5 de noviembre de 1997) afirma que para determinar si una sentencia es incongruente o no, debe atenderse al hecho de si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre cuestiones diferentes a lo suplicado por las partes (*extra petita*) o si se deja incontestada y sin resolver alguna de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*). También existe vicio de incongruencia cuando la sentencia prescinde de la causa de pedir y falla conforme a otra distinta.

La doctrina del TC (entre otras, SSTC 20/1982 y 220/1997) afirma que la congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones. (**STS de 11 de febrero de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—Instada la sucesión *ab intestato* de don M. C. R., se nombra único y universal heredero a su hijo don S. C. D., con reserva del usufructo legal a favor de su viuda doña A. D. C.

Como consecuencia de lo anterior, don S. C. D. y doña A. D. C. interponen demanda contra doña T. E. S., suplicando, entre otras cosas, la declaración de que son propietarios por título de herencia de la mitad indivisa de dos pisos y de una plaza de garaje sitos en Madrid. Los demandantes ejercitan en el mismo proceso la acción de rendición de cuentas y la acción de división de la cosa común.

La demandada formula reconvencción, en la que ejercita la acción declarativa de dominio, suplicando, entre otros pedimentos, que se declaren nulos y se cancelen determinados asientos de inscripción del Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, revocando la sentencia de primera instancia y estimando parcialmente la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS lo estima y casa parcialmente la sentencia recurrida.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la presente sentencia, la redacción del artículo 9 LPH ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. (M. J. P. G.)

43. Propiedad horizontal. Ausencia de Estatutos. Regulación del funcionamiento de la comunidad por el título constitutivo.—Afirma el TS que en el caso de que una comunidad de propietarios no tenga Estatutos, el funcionamiento de la misma se regirá por lo establecido en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Propiedad horizontal. Realización de obras en los pisos.—El artículo 7 LPH autoriza al propietario a realizar obras en su piso que no alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, siendo suficiente para su realización la comunicación al Presidente de la comunidad de propietarios (STS de 24 de julio de 1992).

Propiedad horizontal. Cambio de destino de los pisos.—Si el título constitutivo de la propiedad horizontal o los Estatutos de la comunidad de propietarios no establecen nada al respecto, los propietarios de los pisos podrán, al amparo del artículo 5 LPH, modificar el destino de éstos para utilizarlos como locales de negocio en lugar de como viviendas. (STS de 5 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra Junta ordinaria de la comunidad de propietarios *Apartamentos Alegranza I*, en la que se adopta el acuerdo de instalar una valla metálica.

Uno de los propietarios, ejercitando la acción impugnatoria prevista en la LPH, interpone demanda contra la comunidad de propietarios, suplicando se declare la nulidad del mencionado acuerdo de la junta de propietarios.

La comunidad de propietarios formula reconvencción, suplicando, entre otras cosas, que se declarase que las obras realizadas por el propietario demandante son ilegales y la obligación de éste de reponer todos los elementos a su estado primitivo, así como que se declare que el inmueble propiedad del demandante debe destinarse a vivienda y no a local comercial.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del demandante y estimó parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y casó la sentencia recurrida.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la presente sentencia, la redacción del artículo 7 LPH ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. (M. J. P. G.)

44. Propiedad intelectual: acción reivindicatoria.—El TS exige como requisito necesario para que prospere la acción reivindicatoria: «la identidad exacta y precisa de toda cosa que se pretende reivindicar o que se reivindica». Por lo que, al no existir el boceto original en yeso, debido a que éste quedó destruido al realizarse una reproducción del mismo en bronce, no puede triunfar dicha acción. El TS no entra a analizar la cuestión alegada de su prescripción ya que, simplemente, dicha acción no puede prosperar por esta falta de identificación del objeto reivindicado.

Derecho de explotación de la obra y el derecho de propiedad sobre el boceto reproducido de la misma.—El TS, con apoyo en el artículo 56.1 LPI, distingue entre dos derechos: por un lado, derechos de propiedad sobre el soporte material o boceto cuestionado y, por otro, los derechos de explotación. Respecto al primero de los mismos, admite la titularidad posesoria y dominical de don C. C. A. del boceto de bronce, en virtud del artículo 464 CC. No obstante, respecto al segundo de los derechos, admite el derecho de su explotación a favor de los herederos, en virtud de los artículos 2, 17, 18 y 56 LPI, puesto que al haber sido unilateralmente cedidos por don C. C. A., sin consentimiento de los demás herederos, a la empresa K., S. A., para su reproducción, su conducta «no puede burlar los legítimos derechos de explotación de la obra», que habría existido, si no hubiera llevado a cabo esa transformación del boceto en yeso al actual. Concluye el Tribunal que el derecho de explotación debe ser entendido como «una especie de subrogación real del primitivo original de yeso, y, por ende, produciendo los mismos efectos entre el titular y sus causahabientes», ya que aunque la copia en bronce no fuera el boceto original tanto una como otra son reproducción de la obra artística.

Indemnización de daños morales.—El TS estima la indemnización no sólo de los daños materiales, sino también de los morales, ya que si bien el escultor divulgó su obra al participar en el concurso convocado, es notoriamente diferente el boceto presentado a la obra escultórica erigida, que «llevaron al escultor, en su derecho moral de autor, a elegir cuál era la obra que debía ser divulgada», siendo la protección del derecho de propiedad intelectual protegido distinto en cada obra escultórica. Por tanto, se produce una infracción del derecho del autor a la divulgación del boceto original de la escultura que lleva consigo la procedencia de la indemnización por daños morales, en virtud de los artículos 4 y 14 LPI. (**STS de 20 de febrero de 1998**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Un escultor presenta a un concurso un boceto en yeso para la realización de un monumento, el cual es erigido al ganar el premio. Fallecido el autor, el boceto queda en manos de su hijo, don C. C. A., quien realiza una reproducción en bronce del mismo, que al encontrarse muy deteriorado queda destruido. Posteriormente, dicho boceto en bronce, es cedido por don C. C. A. con todos los derechos de explotación, a la empresa K., S. A., quien lanza una campaña de venta de reproducciones del mismo. Ante tales hechos, algunos de los herederos del escultor interponen demanda contra don C. C. A. y la entidad K., S. A., por infracción de los derechos de propiedad intelectual y, además, acción reivindicatoria del boceto original en yeso. La acción reivindicatoria es desestimada en todas las instancias. En cuanto a los derechos de explotación, el Juzgado de Primera Instancia no aprecia su vulneración, que sí es admitida por la Audiencia, quien fija una indemnización por daños materiales, pero sin estimar daños morales. Ambas partes recurren en casación, el TS estima el recurso presentado por los herederos del escultor respecto a la admisión de indemnización por daño moral y desestimando el interpuesto por el heredero don C. C. A. (*E. M. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

45. Capitulaciones matrimoniales. Inoponibilidad frente a terceros de la modificación no inscrita en el Registro Civil. Discordancia entre el contenido del Registro Civil y del Registro de la Propiedad.—Cualquier modificación del

régimen económico matrimonial, para su validez, ha de constar en escritura pública (art. 1327 en relación con el art. 1280.3, ambos CC), pero para su eficacia, no *inter partes* sino frente a los terceros, es necesario que dicha modificación goce de la suficiente publicidad registral. La publicidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial es crucial para su oponibilidad a terceros, puesto que viene a delimitar el ámbito de los poderes dispositivos de los cónyuges, así como el ámbito de las eventuales responsabilidades contraídas. En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, así como de los posibles pactos modificativos (art. 1333 CC). Dicha «mención» o «indicación» tiene carácter facultativo, por lo que sus efectos «se limitan a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe» (FD 2.º).

Aunque en el Registro de la Propiedad aparezca inscritos a favor del cónyuge no comerciante como consecuencia de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, bienes inmuebles que antes tenían el carácter de gananciales, no podemos confundir la titularidad de dichos bienes adjudicados con la responsabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero, y con la imputabilidad de dicha deuda a la sociedad. El tercero-acreedor sólo mantendrá inalterada su posición jurídica frente a la inscripción en el Registro de la Propiedad en la medida en que nos encontremos ante un tercero hipotecario del artículo 34 LH, pero no por el hecho de aparecer inscrito el bien inmueble a favor del cónyuge no comerciante.

Responsabilidad patrimonial en caso de ejercicio del comercio por uno de los cónyuges.—El régimen de responsabilidad por la actividad comercial de uno de los cónyuges se encuentra consagrado en el artículo 1365 CC, último párrafo, en relación con las previsiones contenidas en el CCO. Los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge comerciante cuando conste el consentimiento del otro cónyuge. Y el CCO presume que éste concurre cuando se ejerza el comercio con su conocimiento y sin su oposición expresa (art. 7 CCO), o si al contraer matrimonio ya lo ejercía y lo continua sin oposición expresa (art. 8 CCO). Por ello no podemos entender como bienes privativos aquellos que se adjudicaron al cónyuge no comerciante en pago de su haber como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que «los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad que se disuelve y liquida» (FD 4.º).

Principio *pro actione*.—La interposición del recurso de casación requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 1707 LEC, en cuanto a los motivos en que éste se ampara dado que «no basta designar bajo la palabra “motivo” un cúmulo de argumentaciones sin indicar ningún cauce impugnatorio, ni cita concreta de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas con razonamientos acerca de la pertinencia y fundamentación» de los mismos (FD 1.º). (STS de 10 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Rafael T. R., comerciante y su esposa doña Francisca P. V. tenían estipulado régimen económico de gananciales, y así constaba inscrito en el Registro Civil. Otorgada por los cónyuges escritura pública de modificación del régimen económico, y pactando como nuevo régimen el de separación de bienes, se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual fue inscrita en el Registro Civil el 24 de mayo de 1989, con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y del fallecimiento del esposo. Doña Francisca procedió a la inscripción en el Registro de la Propiedad como bienes privativos aquellos que recibió tras liquidación de la

sociedad de gananciales. Don Johannes W. J. interpuso demanda contra doña Francisca P. V. y los herederos y la herencia yacente de don Rafael T. R., esposo de la demandada, solicitando que se condenara a los demandados al abono de la cantidad de doscientas mil libras esterlinas o, en su caso, su equivalencia en pesetas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la AP el recurso interpuesto contra la misma. El TS confirmó el fallo de la AP, y declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—El supuesto más problemático de modificación del régimen económico matrimonial es aquel en el que se produce un cambio del régimen de gananciales al de separación de bienes, por cuanto que la adjudicación privativa de elementos de la sociedad a cada uno de los cónyuges puede afectar a acreedores de alguno de los cónyuges, o de la sociedad. En primer lugar es necesario delimitar la fecha de la deuda contraída, y concretar, en segundo lugar, el carácter ganancial o no de la misma. Si bien el artículo 1322 CC establece la inoponibilidad frente a terceros de las modificaciones del régimen económico matrimonial, constante el matrimonio, en cuanto a sus derechos adquiridos, por lo que respecta a los derechos de nueva adquisición la clave se encuentra en la publicidad registral.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la publicidad de las capitulaciones matrimoniales y régimen económico, así como posibles modificaciones, en la Ley del Registro Civil (art. 77 LRC, «indicación»; y art. 266 RRC); en la Ley Hipotecaria (art. 75.1 RH); en el Código de comercio, artículo 29.1 en relación con el 26; y en el Código civil, en el artículo 1333. Tal y como señala el profesor Díez-Picazo (*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV), la publicidad del Registro Civil es una publicidad insuficiente, porque el asiento de indicación no da noticia al tercero del contenido del régimen, sino del documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento. Sin embargo, en el caso anotado, en la medida en que queda probado que el documento de reconocimiento de deuda es anterior a la inscripción de la escritura de modificación, es inoponible a terceros dicha escritura mientras no gozase de la suficiente publicidad. (R. D. O.)

46. Aplicación de la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 CC y separación de hecho de los cónyuges.—La presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 CC («Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer»), «requiere la prueba de la existencia en el matrimonio de los bienes pretendidamente gananciales», desechándose en caso contrario su aplicación.

A mayor abundamiento, la separación de hecho libremente consentida por los cónyuges excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues lo contrario sería manifiestamente contrario a la buena fe y constituiría un abuso de derecho (SSTS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y 2 de diciembre de 1997, entre otras). Esta doctrina jurisprudencial «es de plena aplicación al caso en que, no es que se rompiera una convivencia matrimonial establecida, sino que esa convivencia no llegó a instaurarse entre los cónyuges (...) y sin que haya existido una colaboración entre los litigantes a la formación de un patrimonio común al que pueda calificarse de ganancial». (STS de 14 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique R. E. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Emilia E. P., sobre exclusión del inventario de la sociedad conyugal de gananciales de determinados bienes incluidos en el mismo en el proceso de liquidación de aquélla llevado a cabo como consecuencia de haber recaído sentencia de divorcio. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la misma y declaró la improcedencia de incluir en el inventario de la sociedad conyugal, ya disuelta, los bienes que en aquél se relacionaban.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia confirmando la de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Constituye *ratio decidendi*, en el presente caso, la afirmación de que no cabe aplicar la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 361 CC cuando no se pueda probar la existencia de bienes matrimoniales a los que quepa presumir gananciales. Constituyen hechos probados que los cónyuges, inmediatamente después de contraer matrimonio, se separaron de hecho de mutuo acuerdo, yéndose a vivir al domicilio de sus respectivos padres y ocupándose de los ganados de éstos, por separado, sin que tuvieren hogar, negocio, actividad o bienes algunos comunes.

Esta situación permite al TS, a mayor abundamiento y siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de La Coruña, afirmar que también es de aplicación a este caso la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 13 de junio de 1986, seguida por las arriba indicadas, en cuanto que declara contrario a la buena fe y abusivo pretender obstentar un derecho sobre bienes que se adquieren por uno de los cónyuges, sin contribución del otro, después de producida una separación de hecho libremente consentida, aun cuando éstos hayan sido adquiridos constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales. La razón de ello es que se entiende que la separación de hecho rompe la base de la sociedad de gananciales como es la efectiva convivencia de los cónyuges hasta el momento de la muerte de uno de ellos, sobre todo en los casos, como ocurre en las sentencias antes referidas, en los que la separación se prolonga durante muchos años y hasta el momento de la disolución del matrimonio, lo que no obsta para que los bienes matrimoniales anteriores a la misma puedan tener el carácter de gananciales (SSTS de 2 de diciembre de 1997 y 27 de enero de 1998). En este sentido llama la atención la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, pues no es que se haya producido una ruptura de la base de la sociedad de gananciales, la convivencia, sino que ésta nunca llegó a instaurarse, lo que provocó que no existieran bienes matrimoniales a los que poder aplicar la presunción de ganancialidad. (A. G. C.)

47. Liquidación de sociedad de gananciales. Adjudicación de bienes. Igualdad cualitativa.—Afirma el TS que la igualdad cualitativa que establece el artículo 1061 CC para la partición de la herencia, también es aplicable, por remisión del artículo 1410 CC, a los supuestos de liquidación de una sociedad de gananciales. Ahora bien, la igualdad cualitativa no será posible cuando exista una cosa (aunque se trate de la vivienda familiar) que sea indivisible o desmerezca mucho por su división, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1062 CC.

Doctrina de los actos propios. Límite del ejercicio de derechos.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 18 de enero de 1990, 4 de junio de 1992, 20 de

mayo de 1993, 30 de diciembre de 1995 y 16 de febrero de 1996) señala que la doctrina de los actos propios, basada en el principio de buena fe, constituye un límite para el ejercicio de los derechos subjetivos o de las facultades cuya titularidad ostente un sujeto.

Doctrina de los actos propios. Requisitos.—El TS exige dos requisitos para que la doctrina de los actos propios sea aplicable. El primero de los requisitos es que los actos propios deben ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir una determinada situación jurídica que afecte a su autor; mientras que el segundo de los requisitos exigidos consiste en que, atendiendo al principio de la buena fe, exista una incompatibilidad o una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión actual de un mismo sujeto. (STS de 16 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un proceso de separación matrimonial, el marido, una vez que existe sentencia firme de separación, solicita al Juzgado que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. La esposa durante todo el proceso liquidatorio se mostró partidaria de adjudicar al esposo el dominio de la vivienda familiar. La liquidación fue practicada por un contador dirimente, adjudicando el dominio de la vivienda familiar al marido.

La esposa al no estar conforme con la liquidación practicada, interpone demanda contra su esposo y contra el contador dirimente, suplicando, entre otras cosas, se declare la nulidad de las operaciones particionales de la liquidación de la sociedad de gananciales y se condene a los demandados a efectuar una nueva partición en la que se adjudique a la esposa (demandante) la propiedad del inmueble que constituye la vivienda familiar.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la demandante. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. J. P. G.)

48. Competencia objetiva de los Juzgados de Familia.—El TS establece, conforme a su jurisprudencia (SSTS de 8 de marzo de 1993 y 25 de noviembre de 1996), que la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia está perfectamente establecida y delimitada. En las localidades en que estos órganos jurisdiccionales operan, se extiende sólo, de forma exclusiva y excluyente, a las actuaciones previstas en el Título IV y en el Título VII del Libro Primero del Código civil, así como a aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de familia le sean otorgadas por las Leyes, sin que pueda comprender otras cuestiones distintas a las referidas (exclusividad de proyección negativa).

Competencia objetiva de los Juzgados de Familia. Liquidación de la sociedad de gananciales. Declaraciones sobre actos de disposición.—Entran dentro de la competencia de los Juzgados de Familia, en opinión del TS, todas las cuestiones relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 91 CC encomienda al Juez adoptar las medidas que afecten a la liquidación del régimen económico. Este pronunciamiento sitúa dentro de la competencia de los Juzgados de Familia todas las cuestiones, tanto sustantivas, como procesales, que pueden surgir a raíz de la liquidación. En concreto, puede extenderse tal competencia a la declaración de ilegalidad o fraudulencia de negocios o actos de disposición realizados durante el matrimonio por uno de los cónyuges, siempre que esto tenga trascendencia para las ulteriores operaciones particionales.

Procedimiento liquidatorio. Juicio universal.—El TS declara que el procedimiento liquidatorio reúne las características de un juicio universal y así lo demuestra el artículo 1402 CC al permitir la intervención en el mismo de los acreedores. Este carácter de juicio universal determina que el contenido del procedimiento no tiene límites.

Técnica casacional. Cuestiones impugnatorias.—Establece el TS, como indica el artículo 1707 LEC, que en el recurso de casación se ha de tratar por separado y con expresión en cada caso del cauce legal los temas de naturaleza procesal y los de Derecho material. La mezcla indebida de estas cuestiones impugnatorias determina la inadmisión del recurso. (STS de 23 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Dictada sentencia de divorcio, el que fue marido instó el procedimiento de liquidación de bienes, solicitando que se decreta y practique la liquidación y adjudicación (previo inventario y avalúo) a cada parte de la porción que le corresponda. La mujer se opone a la demanda y reconviene solicitando que, con anterioridad a la liquidación y adjudicación de los bienes, se declaren fraudulentas ciertas ventas de bienes gananciales que realizó el marido, vigente el matrimonio, en virtud de unos poderes que en su día le otorgó ella.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconviene y procede a la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales, declarándose incompetente para declarar fraudulentas las ventas efectuadas. Apelada la sentencia por la ex-esposa reconviniendo, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara fraudulentas las ventas realizadas, procediendo a una nueva liquidación y adjudicación. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el ex-esposo demandante en primera instancia. (A. M. M.)

49. Incongruencia de las sentencias. Doctrina del TS y del TC.—Para apreciar la existencia de incongruencia, bien por *ultra petita*, por conceder más de lo pedido; por *extra petita*, al pronunciarse sobre determinados extremos dejando al margen lo pedido por la partes; o bien por *cifra petita*, cuando deja sin resolver alguna de las pretensiones sostenida por las partes, siempre y cuando el silencio no pueda interpretarse razonablemente como desestimación tácita, es necesario un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda, y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. La exigencia de congruencia de las sentencias no exige una concordancia literal del fallo con respecto a las pretensiones de las partes, sino que aquél se adecue racionalmente a las mismas. Por ello, el juzgador, en virtud del principio *iura novit curia* se encuentra autorizado para emitir su opinión crítica y valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes.

Desde el punto de vista constitucional, para que pueda entenderse que se produce una lesión del artículo 24.1 CE, se requiere que el fallo suponga una modificación sustancial del objeto del proceso o de la *causa petendi* con respecto a las pretensiones de las partes, y los términos en que éstas fueron formuladas.

Convivencia *more uxorio*. Régimen jurídico: el principio general de «protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho».—Cuando nos referimos a la convivencia *more uxorio*, estamos ante un tipo de relación de pareja que si bien guarda ciertas semejanzas con la matrimonial se encuentra huérfana de regulación legal. No es una figura antijurídica sino «ajurídica». No

por ello podemos desconocer los efectos que con trascendencia jurídica se pueden derivar de la misma, y la necesidad de una lectura de los mismos atendiendo al sistema de fuentes establecido en nuestro artículo 1 CC, y en concreto, a la última de las mismas, en concreto, los principios generales del Derecho.

El principio de «protección al convivente perjudicado por la situación de hecho» deriva de normas constitucionales (art. 10, dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad; art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado [art. 1902 CC, *alterum non laedere*; art. 16.1.b) LAU], y de la propia jurisprudencia tanto del TC (al reconocer al convivente la subrogación *mortis causa* en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia *more uxorio* (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero; 47/1993, de 8 de febrero), como del TS (SSTS de 21 de octubre de 1992, de 18 de febrero y 22 de julio de 1993, 20 de octubre de 1994, 18 de marzo de 1995, 16 de diciembre de 1996 y 4 de marzo de 1997). (STS de 10 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Esther L. y don Diego C., pareja de hecho, adquirieron a principios de 1988, por mitad y pro indiviso un piso, que sirvió de vivienda familiar durante el tiempo que duró la convivencia, en concreto dos años. Finalizada la relación sentimental doña Esther contrae una grave enfermedad y sigue, por pacto con don Diego, en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la ruptura de la convivencia.

En 1992, don Diego demandó ante los Juzgados de Primera Instancia a doña Esther, solicitando que se le condenara al pago de la cantidad de 1.626.347 pesetas (como diferencia de las aportaciones económicas de uno y otro a la adquisición de la vivienda), más los intereses legales correspondientes, así como la devolución en perfecto estado de conservación de los ciertos muebles y enseres mencionados en la demanda. Doña Esther, tras contestar a la demanda, formuló demanda reconventional relativa al uso y disfrute de la vivienda. La sentencia estimó parcialmente la demanda y condenó a doña Esther al pago de la cantidad de 1.357.715 pesetas más intereses legales, así como a la devolución «por el momento», de los muebles que se encuentran en la vivienda adquirida conjuntamente. Igualmente estimó parcialmente la demanda reconventional, adjudicando el uso de la vivienda y de la correspondiente plaza de aparcamiento a doña Esther, hasta la fecha en que se divida la cosa común, y condenando a don Diego al pago de la mitad de los plazos que vencieran en el futuro para la amortización de la hipoteca. Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Diego, la Audiencia Provincial declaró no haber lugar a la atribución del uso de la vivienda familiar ni de la plaza de garaje, «por no estar legalmente previsto», confirmando en todo lo demás la sentencia de instancia. El TS, estimó el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Esther, atribuyéndole el uso de la vivienda hasta la fecha límite de 1 de febrero del año 2000, tras la cual se aplicarán las reglas sobre la copropiedad de los artículo 392 ss. CC.

NOTA.—La problemática jurisprudencial que suscitan las relaciones *more uxorio* o de convivencia de hecho es por todos conocido que tiene su origen en el vacío legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico. La mayor litigiosidad se concentra en las cuestiones relativas a la «disolución económica» de la pareja, y en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Con respecto a la primera de las cuestiones, el TS ha sido claro en sus pronunciamientos, en el sentido de la no aplicabilidad a la pareja no casada del régimen económico del matrimonio, ni directamente ni por analogía. Solución distinta es la alcanzada en materia de atribución de la vivienda familiar. En sentencias del TS anteriores, las soluciones alcanzadas difieren de la que nos ocupa, unas por ser diametralmente distinto el sentido del fallo, al negar la atribución de la vivienda por inaplicación de las normas del matrimonio (SSTS de 10 de octubre y 30 de diciembre de 1994); otra, la STS de 16 de diciembre de 1996, en la que al entender que es la misma la función que desempeña en la vida familiar la vivienda tanto para la pareja casada como para la de hecho, hay «identidad de razón» en un caso y otro, y cabe la aplicación analógica del contenido del artículo 96 CC.

Si bien la sentencia que nos ocupa contiene un fallo en igual sentido, la técnica jurídica utilizada para alcanzar el mismo es completamente distinta. Mientras que en el primero estaríamos ante un supuesto de analogía *legis* (de lo particular a lo particular), en el supuesto anotado, ante el vacío del ordenamiento, el juzgador ha recurrido a la última de las fuentes del sistema legalmente establecido: los principios generales del Derecho (analogía *iuris*), y en concreto, a la elaboración del principio general de protección al convivente perjudicado por la situación de hecho. (*R. D. O.*)

50. Prueba de paternidad.—Para la declaración de paternidad de filiación no matrimonial no se considera como suficiente la mera declaración de testigos que se hallen unidos al demandante por parentesco o amistad íntima, sin llegar a aportar otra clase de prueba, ya sea testifical, como documental o gráfica.

Por otro lado, no se equipara la negativa a la práctica de la prueba de paternidad, con la imposibilidad de su realización, sin que se apliquen los mismos efectos en ambos supuestos. La existencia de una grave enfermedad que impida la práctica de la prueba biológica de paternidad, no es base suficiente para la demostración de la paternidad, ya que no existe la negación requerida que obstruya injustificadamente la práctica de dichas pruebas. (**STS de 28 de febrero de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita por parte del demandante, ante el Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Rodrigo, la determinación de paternidad no matrimonial del demandado respecto del actor. No se da lugar la práctica de la prueba biológica, debido a que en la fecha de tramitación, el demandado poseía 80 años de edad y se encontraba gravemente enfermo (demencia senil), sin practicarle siquiera la prueba de confesión judicial. Se estima íntegramente la demanda, declarando al actor hijo no matrimonial del demandado. El mismo apela la sentencia ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la anterior sentencia. Se recurre la anterior en casación ante el TS. Tras la votación y fallo, la Sala 1.ª del TS estima el recurso y casa la sentencia.

NOTA.—Es uniforme la jurisprudencia del TS (SS de 26 de enero y 28 de abril de 1993, 18 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995 y 28 de octubre de 1996), que declara que es necesario relacionar la negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas con los restantes medios probatorios, y en estos datos nos encontraremos ante un dato de gran valor, pero siempre que se halle unida a indicios que

revelen la posibilidad de unión carnal. Los hechos deberán acreditar la existencia de unas relaciones de noviazgo, así como la posibilidad de relaciones sexuales idóneas para la concepción (STS de 7 de octubre de 1995). Por tanto, será necesario no sólo la negativa injustificada del demandado, sino relacionar la misma con hechos determinantes que demuestren la posibilidad de la filiación.

El TC, en S de 17 de enero de 1994, declaró la consideración de la negativa del demandado a realizar la prueba biológica como un indicio que debe conjugarse con las restantes pruebas aportadas, contribuyendo «a zanjar con un medio de prueba apto en derecho la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado». (P. S. S.)

51. Declaración de paternidad.—La práctica de la prueba biológica de paternidad «no puede imponerse a una persona por la fuerza», ni puede ser obligada físicamente a ello, puesto que en dicho supuesto se iría en contra de los «derechos fundamentales a la integridad física y moral, así como a la libertad de la persona».

La negativa a la práctica de dicha prueba se convierte en un «indicio valioso» para tal declaración de paternidad, pero siempre relacionándolo con diferentes elementos probatorios que conduzcan a la misma decisión, sin que esta prueba pueda estimarse como una *ficta confessio*.

La jurisprudencia exige diferentes requisitos, de manera unánime, para la declaración de paternidad: cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación; negativa obstruccionista e injustificada del demandado a la práctica de las pruebas biólogo-hematológicas (SSTS de 4 de julio de 1996, 16 de julio de 1994, 20 de octubre de 1993 y 5 de octubre de 1992). (STS de 13 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La madre de la actora, en la época de la concepción de la misma, desempeñaba tareas domésticas en casa del demandado. Posteriormente al nacimiento de la actora, y con el convencimiento popular, en una pequeña localidad, de la existencia de la relación paterno-filial que se iba a cuestionar, se querrela la madre de la actora por estupro doméstico contra el demandado, que se archivó ulteriormente por causa de renuncia. Años más tarde, se presenta demanda de determinación de filiación no matrimonial contra el demandado en el Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros, solicitando la realización de la prueba biológica, a lo que se niega el demandado. Se dicta sentencia estimando íntegramente la demanda. Contra la misma se interpuso recurso de apelación declarando haber lugar al mismo y revocando la sentencia de primera instancia. Se presentó recurso de casación ante el TS, por violación de los artículos 127 y 135 CC. El TS da lugar al recurso de casación, declarando la paternidad del demandado.

NOTA.—Se admiten por el TS, y según sentencia de 4 de julio de 1996, dos clases de pruebas acreditativas de filiación: a) las directas, entre las que se hallan las heredo-biológicas; b) las indirectas o presuntivas, como las indiciarias de cohabitación sexual. La misma sentencia establece que la obstrucción injustificada no es equiparable a una *ficta confessio*, sino que constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada. Así mismo, en sentencia de 2 de julio de 1996.

Por otro lado, es doctrina reiterada del TS que las relaciones amistosas y sexuales continuadas durante unos meses, con unidad sentimental, posibilitan la concepción (SSTS de 11 de junio de 1984, 23 de febrero de 1987 y 4 de julio de 1996). (P. S. S.)

52. Patria potestad. Causas de privación.—La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 CC. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa.

Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor o se le pueda derivar algún perjuicio. Así procede *ex* artículo 170 CC la privación de la patria potestad del demandado, no sólo porque nos encontremos ante un incumplimiento reiterado de los deberes inherentes a esta institución, sino porque el mantenimiento en la titularidad de la misma (y del consiguiente derecho de visitas que además nunca con anterioridad había sido ejercitado por el demandado), supondría «perturbar la normal y pacífica convivencia de la Sra. Moreno y con otro varón..., considerando Vanesa al mismo como su padre, al no tener ni conservar memoria de éste» (FD 2.º).

Relación entre la prestación del derecho de alimentos y el ejercicio de la patria potestad.—El cumplimiento de los deberes alimenticios de los padres con respecto a los hijos que se encuentren en situación de recibirlos, en virtud de lo contenido en el artículo 154 ss. CC, subsiste aun cuando alguno de los progenitores no ostente la patria potestad (art. 110 CC). Ni por el contrario, la circunstancia de que alguno de ellos los preste supone que no pueda producirse incumplimiento de los deberes que integran el ejercicio de la patria potestad. (STS de 5 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña María José M. E. interpuso demanda ante los Juzgados de Primera Instancia contra don Ángel M. B., solicitando la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma en relación con Vanesa, hija de la pareja nacida en agosto de 1988. La convivencia común de la pareja había cesado pocos meses después del nacimiento de la hija, sin que desde entonces don Ángel se hubiese relacionado con la misma ni hubiese contribuido al mantenimiento de la menor hasta 1991, fecha en que se le reclamó judicialmente el pago del derecho de alimentos en favor de la menor, cantidades que satisfizo de manera irregular, proponiendo incluso a la demandante su renuncia a la patria potestad a cambio de que se le eximiera de pagar la pensión de alimentos. Estimada la sentencia en primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, decretando la privación parcial de la patria potestad y confiando la guarda y custodia de la menor a la madre. Interpuesto recurso de casación por la representación de doña

María José, el TS estimó el recurso y procedió a revocar la sentencia recurrida, y confirmar el fallo de primera instancia.

NOTA.—Tras la reforma de 1981, la patria potestad se encuentra «funcionalizada», no interés del padre. La idea del beneficio del hijo constituye la línea directriz de toda la reforma legislativa de esta materia, con incluso un mayor énfasis en el aspecto de los derechos de la personalidad y de la esfera personal con respecto a las cuestiones patrimoniales. En esta línea se han orientado toda las reformas legislativas que se han llevado a cabo en España (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; y LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC), tendentes a proporcionar a los menores un marco jurídico de protección adecuado, en consonancia con los contenidos de los tratados internacionales, y en concreto, de acuerdo con la Convención de Derecho del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

En la misma línea ha ido evolucionando la jurisprudencia del TS (SSTS de 23 de julio de 1987, 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993, 25 de junio de 1994, 18 de octubre y 31 de diciembre de 1996, de 31 de diciembre de 1996 y la presente), que caracteriza la patria potestad como la institución protectora del menor por excelencia y la privación de la misma no como sanción sino como medio de protección. (R. D. O.)

DERECHO DE SUCESIONES

53. Derechos arrendaticios. No forman parte del caudal relicto. Imprudencia de legado de cosa ajena. Nulidad e ineficacia de la disposición *mortis causa*.—La situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión *mortis causa* en sentido propio, y lo que hace el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razones de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio. Éste se regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por lo tanto, una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último. De modo que si hubo llamamiento a título universal o de herencia y no a título particular, inexistiendo legado de cosa ajena, cual mantiene la Audiencia, disponiéndose del derecho arrendaticio en la norma de partición de manera diferente a lo dispuesto en el artículo 60.1 LAU, hubo una disposición nula e ineficaz.

Comunidad proindiviso de los herederos sobre los derechos arrendaticios.—Al ser nula e ineficaz la disposición del derecho arrendaticio, por no estar en el patrimonio del difunto arrendatario y pertenecer a la comunidad hereditaria por disposición del artículo 60.1 de la LAU y no por derecho sucesorio, sin que haya acuerdo para la subrogación de uno como representante de dicha comunidad con renuncia del resto, siendo el derecho arrendaticio indivisible y por esta falta de acuerdo, surge la comunidad sobre el derecho que constituye un bien indivisible, en aplicación de los artículos 392, 400 y 404 CC. (STS de 16 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El día 23 de julio de 1986 el Sr. Vicente B. otorgó testamento. En éste legó a su esposa el usufructo universal vitalicio e instituyó herederos a sus hijos Luis y Vicente, adjudicando a este último un establecimiento mercantil con los derechos arrendaticios del local de negocio en el que se halla instalado. Fallecido el Sr. Vicente B. siendo arrendatario de dicho inmueble, Luis presenta demanda pidiendo que se declare la nulidad e ineficacia de la disposición de los derechos arrendaticios llevada a cabo por el causante, así como la pertenencia de estos derechos proindiviso a ambos herederos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial aprecia la existencia de un legado de cosa perteneciente al heredero o legatario (arts. 861 y 863 CC) y considera válida la cláusula por la que el causante dispuso de los derechos a favor de Vicente. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—Al declarar ineficaz la disposición testamentaria, la sentencia parece considerar que se trata de un supuesto de «partición por el testador», mediante la que éste dispone de los derechos arrendaticios de manera diferente a lo previsto en el artículo 60.1 LAU. Sin embargo, para que exista este tipo de partición no basta con atribuir bienes o derechos a los sucesores, sino que además hace falta que se hayan fijado las cuotas que los mismos llenan (véase Francisco de Asís Sancho Rebullida, en José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 145-146); lo que no sucede en el presente caso, puesto que el causante se limita a instituir herederos a sus hijos en la forma y cuantía que resulta de las adjudicaciones de bienes y derechos. Si el testador no ha fijado cuotas, parte de la doctrina ha afirmado que no habrá propiamente partición, sino legado, institución de cosa cierta o mejora en cosa determinada (así, Mario Clemente Meoro, en F. Capilla/A. M. López/E. Roca/M.^a R. Valpuesta/V. L. Montés (Coord.), *Derecho de Sucesiones*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, pp. 624-625). La misma Audiencia Provincial aprecia la existencia de un legado de cosa ajena y declara válida y eficaz la disposición testamentaria. Dejando de lado estas consideraciones y aun admitiendo la existencia de institución de una pluralidad de herederos, en esta ocasión el TS no reconoce al causante arrendatario la posibilidad de atribuir a uno de ellos los derechos arrendaticios del local de negocio sino que declara la comunidad proindiviso de los herederos sobre los mismos. Ello contrasta con otras sentencias de este Tribunal, en las que parece dar prioridad a la voluntad del causante. Así, por ejemplo, la STS de 5 de noviembre de 1991. En esta línea, véase Isabel González Pacanowska, en el comentario de esta sentencia, en *CCJC* 47/1998, núm. 1289, pp. 821-833, para quien la atribución de los derechos arrendaticios a uno de los herederos resulta acorde con el interés protegido por el artículo 60.1 LAU, esto es, la «defensa y reconocimiento del patrimonio comercial». En el marco del artículo 33 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que regula el derecho del heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional desarrollada en el local arrendado de subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato, véase Antonio Para Martín, en Xavier O'Callaghan (dirigidos por), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 506-508. (J. M. B. S.)

54. Preterición intencional o desheredación injusta. Anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima estricta.—La preterición intencional, o en su caso la desheredación injusta, ha de comportar la anulación de la institución de heredero, «pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado según establecen los artículos 814.1.º CC (para la preterición intencional) y 851 del mismo cuerpo legal (desheredación injusta), cuya legítima, que ha de ser respetada, es solamente la legítima estricta o corta».

Obligación de colacionar entre herederos forzosos.—Conforme al artículo 1035 CC, la colación consiste en una operación particional que ha de llevarse a cabo cuando concurren varios herederos forzosos en la sucesión hereditaria, de forma que el heredero forzoso que recibió bienes en vida del causante a título lucrativo, reciba de menos su equivalente, pues se entiende que ello fue un anticipo de la herencia del donatario. «En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del TS (como más antigua puede citarse la sentencia de 28 de noviembre de 1899) de que la obligación de colacionar está limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquirentes del causante de la herencia por título oneroso en contrato válido y eficaz». (STS de 6 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José M. P. interpuso demanda sobre juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de inscripciones en el Registro de la Propiedad, adjudicación de herencia y otros extremos, contra doña Pilar M. P. y otros. Contestó la demanda esta última adhiriéndose íntegramente a ella y formuló reconvencción sobre declaración de derechos y otros extremos. El resto de demandados contestaron la demanda oponiéndose a ella y suplicando su desestimación. El demandante contestó la demanda reconvenccional estimándola ajustada a Derecho y manifestando su conformidad con ella en los hechos y fundamentos de Derecho.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción por defectuosa constitución de la relación jurídica procesal.

Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente los recursos interpuestos por los demandados y revocó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto al pronunciamiento sobre las costas procesales, confirmándola en el resto. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar parcialmente al mismo.

NOTA.—Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean en esta sentencia. La primera, relativa a si son o no colacionables determinados bienes que recibió en vida el demandante y recurrido en casación; la segunda, sobre los efectos que deben atribuirse a una cláusula testamentaria en la que la testadora afirma que nada deja por testamento a dos de sus hijos (uno de ellos, el demandante) por haberles dado en vida sobradamente a título gratuito, cuando después resulta que tales atribuciones lo fueron a título oneroso.

El problema de la colación lo resuelve el TS con la afirmación de que los bienes que se señalan como recibidos en vida por el demandante e hijo de la testadora (la mitad ganancial que correspondió a la testadora del negocio que tuvo con su difunto marido) lo fueron a título oneroso (negocio de cesión, según se afirma), con lo que no existe obligación de colacionar. Del mismo modo, tampoco hay obligación de colacionar, entiende la Sala, la condonación que en el tes-

tamento hace la testadora de determinadas cantidades debidas a ella por su hijo como pago del usufructo de la otra mitad del mismo negocio, puesto que se trataría de un legado de perdón o liberación de deuda no sujeto a colación.

A nuestro entender, ambas afirmaciones son dudosas, puesto que el negocio oneroso al que se hace referencia consistió en la cesión por parte de la testadora a su hijo y demandante de la mitad indivisa de un establecimiento industrial destinado a la elaboración y venta de licores con todo su utillaje instalado, así como de la cesión por parte de las dos hermanas de éste de sus respectivas cuotas en la otra mitad indivisa, y todo ello por el precio total de 10.500 pesetas, lo que parece un negocio en su mayor parte gratuito, y sujeto por tanto, a la obligación de colacionar en esta parte gratuita. Por otro lado, en cuanto a la condonación de las deudas (legado de perdón, se dice) parece que existe una manifiesta voluntad de la testadora de sujeción a colación conforme a lo prevenido en el artículo 1037 CC, aunque ello no sea tan claro.

En cuando a los efectos que deban darse a la referida más arriba cláusula testamentaria, lo que pretendió ser reconducido por el artículo 767 CC (error en la causa de la institución), el TS aplicó el principio *iura novit curi* para entender que se trataba en realidad de una preterición intencional o desheredación injusta, cuyo régimen jurídico ha quedado unificado tras la reforma del CC operada por la Ley 11/1981, procediéndose en consecuencia a la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del intencionalmente preterido o injustamente desheredado (arts. 814.1.º y 851, respectivamente del CC). La duda que se plantea en esta sede es si la legítima que corresponde en este caso es la llamada legítima estricta o corta, o si también ha de incluirse la parte del tercio de mejora no dispuesto por el causante. El TS sigue en este sentido la opinión mayoritaria de la doctrina, representada fundamentalmente por Vallet y De la Cámara (también Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, IV, 1995, pp. 485 y 489) que entienden que la legítima que procede es la estricta o corta; parecer que es también seguido por la jurisprudencia, como ocurre en la sentencia que anotamos. (A. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

55. Contrato de agencia de seguros.—Debido a la resolución unilateral e injustificada del contrato de agencia de seguros concertado por parte de la entidad aseguradora *B. C. A.*, se producen una serie de daños y perjuicios al agente, consistente en la existencia de una Cartera de Seguros, en la fecha de la resolución, sobre la cual disfruta de unos derechos, en virtud del artículo 47 del Reglamento, que se traduce en unos beneficios económicos para la compañía aseguradora (en este sentido, cita la S de esta Sala de 3 de julio de 1990) que debe «devengar las correspondientes comisiones, a quien con su gestión o su trabajo, produjo o hizo esa labor de producción de seguros para la Asegurada». Asimismo, el TS fija la indemnización correspondiente a la resolución del contrato en función del reconocimiento del valor de la cartera, ello en virtud de la aplicación de la legislación especial sobre mediación de seguros, de los artículos 57 y 58 en su reenvío a los 47 a 51 del Reglamento, sin que pueda ser aplicada, por analogía, para estos supuestos la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre el contrato de agencia. (STS de 13 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad aseguradora *B. C. A.* efectúa la rescisión unilateral del contrato de agencia de seguros concertado con la Correduría de Seguros *G. S. L.* Ante tales hechos, esta última interpone demanda, solicitando, por un lado, la vigencia de la carta de condiciones o contrato suscrito entre las partes, declarándose nula dicha rescisión unilateral y, por otro, solicitando indemnización en reclamación de daños y perjuicios por el valor de la cartera de seguros gestionados. La entidad demandada se opone a la demanda, reconviniendo para que le fueran abonadas ciertas cantidades adeudadas. El Juzgado de Primera Instancia condena a la aseguradora al pago de una indemnización en virtud del valor de la cartera y asimismo, estima en parte la reclamación reconventional, condenando al pago a la parte actora. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, adhiriéndose al mismo la Correduría de Seguros, la Audiencia estima el recurso presentado por la primera, revocando la sentencia dictada. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto. (*E. M. C.*)

56. Contrato de seguro contra daños.—El TS, en base «al ámbito de las relaciones discutidas y la naturaleza privada del vínculo que liga a los contendientes», diferencia el ámbito de aplicación de dos preceptos: el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Este último, prevé un recargo por demora en el pago de la indemnización y debe ser aplicado al Consorcio de Compensación de Seguros, ya que «el Consorcio ha de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado y, en el ejercicio de su actividad aseguradora, ha de quedar sometido a la Ordenación del Seguro Privado».

Carga de la prueba.—El TS efectúa una distribución entre la carga de la prueba, recayendo sobre la compañía asegurada la prueba en cuanto a la existencia del siniestro, del resultado, su cuantía, así como la inclusión del siniestro en los supuestos previstos en la póliza; y correspondiendo al Consorcio de Compensación de Seguros probar la existencia o concurrencia del riesgo agravado, ya que dicho extremo representa «el hecho extintivo o impeditivo de la reclamación deducida en su contra». En virtud de lo expuesto, el TS declara la improcedencia de la aminoración de la indemnización aplicada en base al riesgo agravado debido a la ausencia de datos aportados por el Consorcio que permitieran constatar de modo fehaciente e indubitado si, en virtud del artículo 8 del Reglamento, podía, en base al promedio anual de tiempo en que el lecho del curso del río ha permanecido seco o sin agua, ser considerado como río. Por ello, estima que no se ha vulnerado el artículo 1214 CC al haberse respetado dicho *onus probandi* por el tribunal de primera instancia y el de apelación. (**STS de 14 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *E., S. A.*, padece en sus instalaciones una inundación debido al desbordamiento de un río próximo a la misma. Al tratarse de un siniestro englobado como riesgo «extraordinario», el Consorcio de Compensación de Seguros efectúa la indemnización, pero aminorando la cuantía de la misma por considerar que las instalaciones siniestradas no cumplían las normas reglamentarias sobre distanciamiento y altura respecto al cauce del río, por lo que se daba una circunstancia de riesgo agravado. Ante tales hechos, la entidad *E., S. A.*, interpone demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos y no indemnizados, e incrementada en un 20 por 100 anual a

partir de la fecha del siniestro. La demanda es estimada tanto en primera instancia como en apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (E. M. C.)

57. Seguros. Consorcio de Compensación de Seguros: alcance y extensión de su cobertura.—Según el TS, este organismo asume una responsabilidad que es complementaria, reglada y de interpretación restrictiva en cuanto a su alcance, de manera que sólo actúa dentro de las limitaciones legales. En este sentido, tanto las disposiciones legales (art. 3 RDL 18/1964 de 3 de octubre, RDLeg de 28 de junio de 1986, Reglamento de 30 de diciembre de 1986 y Ley de 19 de diciembre de 1990), como la jurisprudencia de la Sala Primera del TS (entre otras, SSTs de 30 de mayo de 1991, 27 de octubre de 1992, 28 de septiembre de 1994 y 19 de febrero de 1996) establecen este tope en el límite fijado para el seguro obligatorio. Fuera de estos márgenes, pretender la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros resulta arbitrario y supone atribuirle unas obligaciones que no le corresponde asumir ni por vía legal ni por vía contractual. Por tanto, el ámbito de cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros se restringe a los límites del seguro obligatorio, sin que quepa extenderlo a los límites de los seguros voluntarios.

Seguros. Consorcio de Compensación de Seguros: funciones.—Establece el TS que el Consorcio de Compensación de Seguros debe indemnizar los daños a las personas y a los bienes cuando las entidades aseguradoras que se encuentran en alguno de los supuestos que contempla el artículo 3 RDL 18/1964, de 3 de octubre no cumplen con las obligaciones que asumieron contractualmente. Una de estas situaciones es la de disolución forzosa de la entidad aseguradora [art. 3, apartado e)].

Doctrina de la Sala Segunda (Penal) del TS. Vinculación del orden jurisdiccional civil.—Es doctrina reiterada del TS (STS de 12 de marzo de 1992) que las declaraciones de índole civil realizadas por la Sala Segunda del TS sólo actúan dentro del orden jurisdiccional penal, sin que puedan vincular a la Sala Primera. (STS de 13 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa de transportes es demandada por algunos pasajeros de autocares de su propiedad, quienes sufrieron daños como consecuencia de los accidentes de circulación en que se vieron involucrados estos vehículos. Ante el hecho de que la entidad aseguradora con la que la empresa de transportes tenía contratado su seguro está en situación de disolución forzosa, el Consorcio de Compensación de Seguros asume el pago de las indemnizaciones solicitadas hasta el límite del seguro obligatorio, siendo sufragado el resto de las indemnizaciones por la empresa de transportes. Posteriormente demanda esta empresa al Consorcio de Compensación de Seguros, solicitando el pago de la cantidad desembolsada más los intereses, ya que considera que la misma quedaba englobada en el ámbito del seguro voluntario que había suscrito con la entidad aseguradora actualmente en quiebra y que la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros ha de extenderse hasta los límites del seguro voluntario.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia. Recurrida por el Abogado del Estado es estimado el recurso por la Audiencia Provincial y revocada la sentencia anterior. Se interpone posteriormente recurso de casación que es desestimado por el TS.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviem-

bre, en su DA 8.^a ha reformado la regulación sobre la responsabilidad y el seguro en el ámbito de la circulación de vehículos a motor que se contenía en el Título Primero del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Por lo que respecta a las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros, se encuentran ahora reguladas en el actual artículo 8 de dicho texto.

La reforma ha afectado también a los límites del seguro obligatorio, estableciéndose un sistema de baremos cuya constitucionalidad es debatida actualmente por la doctrina. Destacar en este punto las opiniones, entre otros, de Rubio Llorente (*La Ley*, 1997, pp. 1972 ss.) a favor de la constitucionalidad, y de Pantaleón Prieto (*La Ley*, 1997, pp. 2080 ss.) que aboga por la inconstitucionalidad de ese sistema. (A. M. M.)

58. Sociedad anónima. Junta Universal de accionistas. Asistencia por medio de representante.—Es jurisprudencia reiterada del TS (entre otras, SSTs de 14 de febrero de 1989, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1997) la que establece que no puede haber representación en Junta Universal si no ha existido previa convocatoria para la misma que incluya el orden del día. No obstante, se permite en estos supuestos la representación si resulta acreditado que el representado conoció de forma fidedigna la intención de constituir la Junta, así como los asuntos que en ella se iban a tratar, de manera que se pueda considerar que tuvo conocimiento de los elementos precisos para dar al apoderado las órdenes pertinentes para la emisión del voto, confiriéndole la representación para ese acto concreto.

Sociedad anónima familiar. Junta Universal de accionistas. Representación.—El TS estima que aunque en las sociedades familiares se interpretan normalmente de forma amplia los requisitos de constitución de Junta Universal de accionistas, esto no significa que no se exijan en ellas unos requisitos mínimos en lo referente a la representación de los socios. Por ello, cuando el artículo 108 TRLSA permite la figura de la representación familiar al cónyuge, ascendientes y descendientes, no es admisible que una interpretación laxa extienda esta posibilidad a los hermanos.

Doctrina de los actos propios.—El TS establece, con apoyo en su propia doctrina (STS de 17 de julio de 1995), que para que el acto propio sea vinculante y provoque el que no sea lícito actuar a consecuencia suya, es necesario que con él se haya definido inalterablemente, causando estado, la situación jurídica de su autor, o bien que, de forma unilateral, vaya examinado a crear, modificar o extinguir algún derecho. Junto a esto, es necesario que el acto sea concluyente e indubitado y que tenga un alcance inequívoco.

Quiebra. Poderes anteriores para procuradores. Ratificación.—Según el TS (STS de 23 de febrero de 1988), los liquidadores de una sociedad anónima pueden, como representantes de la misma, ratificar los poderes otorgados a procuradores antes de la quiebra. (STS de 14 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima de carácter familiar celebra Junta Extraordinaria Universal de accionistas en la cual se acuerda la ampliación de capital. A la citada Junta no comparecen tres de los accionistas, ni por sí, ni a través de representante, de forma que no participan en la votación del acuerdo. Estos accionistas interponen demanda suplicando la nulidad del acuerdo social y la cancelación de la inscripción del mismo en el Registro Mercantil. Alegan que no fueron convocados a la Junta ni se les notificó el orden del día.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, ante lo cual interponen los actores recurso de apelación ante la Audiencia

Provincial. Ésta estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la Junta Universal celebrada y de los acuerdos en ella adoptados. Recurrida esta sentencia en casación, desestima el TS el recurso. (A. M. M.)

59. Sociedades anónimas: impugnación de acuerdos sociales.—El TS parte del «principio de flexibilidad» en la adaptación de los Estatutos sociales a la nueva LSA, que impone a las sociedades una exigencia legal e inexorable para que realicen determinadas adaptaciones de sus Estatutos a la Ley, con sanciones en caso de incumplimiento, para continuar actuando en el ámbito mercantil, siendo suficiente el *quorum* de la mayoría para la aprobación de estas adaptaciones. Lo cual significa que «tan sólo aquellos acuerdos que de una forma sustancial y trascendental modifiquen los Estatutos yendo más allá de la adaptación a la nueva LSA pueden ser considerados como tales, con la grave consecuencia, en el presente caso, de dar lugar a la anulación de los mismos».

Por tanto, el TS centra la cuestión debatida en la apreciación de si la adaptación imperativa contenida en la nueva LSA, respecto a los Estatutos sociales ya que si supone una modificación de los Estatutos, el acuerdo debe ser anulado. Sin embargo, si se considera que no existe más que una mera adaptación, el acuerdo es válido. En el presente caso, al encontrarse permitida en la nueva Ley la manera en que la Junta General debía votar la elección de los miembros del Consejo de Administración contemplado en los antiguos Estatutos, el acuerdo adoptado que supone la eliminación de ese sistema, que no contradecía ningún precepto de la nueva LSA, ni era exigida tal modificación en la misma, supone una modificación estatutaria ya que, en virtud de la misma, artículos 123 y 137 de la Ley, «el nombramiento de los Administradores es de competencia exclusiva de la Junta General, es un derecho y un deber, que no se puede delegar en nadie, lo cual es compatible con los pactos estatutarios que limiten o restrinjan la facultad de elección a personas, como electores o elegidos, que reúnan ciertas facultades objetivas». Por ello, se debe exigir para llevar a cabo dicha modificación, el *quorum* reforzado que preveía los anteriores Estatutos, que al no respetarse conducen a la anulación de dicho acuerdo, en virtud del artículo 115.2 LSA.

Nulidad parcial de los acuerdos adoptados.—El acuerdo de modificación de la manera en que la Junta General debe votar la elección de los miembros del Consejo de Administración al suponer una verdadera modificación de los Estatutos sociales, sin haberse alcanzado la mayoría reforzada exigida para estos supuestos, debe ser anulado. Dicha anulación, sin embargo, debe recaer únicamente sobre ese acuerdo, sin que deba alcanzar la anulación a los demás acuerdos de adaptación de artículos de los Estatutos a la nueva LSA ya que fueron legítimamente adoptados. Esta aceptación de nulidad parcial en el ámbito de los actos no negociales «se ha de analizar caso por caso». El TS, con cita de la S de 4 de diciembre de 1986, señala respecto a dicha nulidad parcial que «se predica de aquellos contratos (o actos jurídicos) en que algún pacto resulte contrario a la ley (o a los Estatutos, en el presente caso) siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula; lo que reitera literalmente la de 17 de octubre de 1987; insiste la de 22 de abril de 1988 en la compatibilidad en un acto o contrato de pactos válidos y pactos nulos sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio; concepto que es reiterado en las SS de 15 de febrero de 1991 y 23 de junio de 1992». (STS de 18 de marzo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Varios accionistas de la sociedad ANSA interponen frente a la misma demanda sobre impugnación de acuerdos adoptados en la Junta General, en adaptación de los Estatutos sociales a la

nueva LSA, en virtud de los artículos 115 ss. Dichos acuerdos consisten, por un lado, en la modificación de la manera en que la Junta General debe votar la elección de los miembros del Consejo de Administración y, por otro, en la eliminación de restricciones a la transmisibilidad de acciones al portador. Los accionistas solicitan la invalidez de dichos acuerdos, por no integrar una mera adaptación, sino una modificación sustancial de los Estatutos sociales, sin que se cumpliera el *quorum* de mayoría reforzada, establecido en los mismos para dichos casos, sino el *quorum* legal de mayoría simple contemplado en el artículo 103 de la Ley. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso parcialmente. Formulan ambas partes recurso de casación, el TS estima parcialmente el recurso de la empresa ANSA, declarando la invalidez del acuerdo de modificación del antiguo artículo de los Estatutos respecto a la elección del Consejo de Administración, manteniendo la validez, y por tanto desestimando la demanda, respecto al resto de los acuerdos. (E. M. C.)

60. Arrendamiento financiero.—El TS señala que la «voluntad rebelde» exigida para que la facultad resolutoria del artículo 1124 CC sea aplicable ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido de «incumplimiento objetivo que rompa el equilibrio de las prestaciones», sin que pueda preservarse un contrato que las partes no tenían voluntad de que perdurase. Por ello, no es posible hablar en este supuesto de aplicación indebida de este precepto, sino de un mutuo acuerdo para dar por finalizado el contrato de arrendamiento, ya que la entidad deudora H., S. L., en suspensión de pagos, a pesar de que la LSP le permite continuar realizando su actividad mercantil, decide devolver voluntariamente los bienes objeto de arrendamiento a E., S. A., y, por tanto, dar por resuelto el contrato.

Suspensión de pagos.—El TS, con cita en el artículo 12 y la STS de 9 de mayo de 1989, indica cuáles son los efectos de la suspensión de pagos respecto al suspenso, señalando que «el suspenso puede continuar comerciando (arts. 5 y 6 LSP), (...) el balance, la lista de acreedores y sus créditos los preparan los interventores y (...) los acreedores pueden discutir la determinación de cuantía, incluso en juicio coincidente en el tiempo con la tramitación de la suspensión de pagos».

Preferencia y prelación de créditos.—El crédito contra el suspenso no puede ser objeto de ejecución separada. Por ello, aunque el artículo 9 LSP confiera una protección a los «acreedores privilegiados y de dominio», es decir, a la arrendadora financiera en cuanto acreedora de dominio de bienes muebles, dicha protección, sin embargo, «no le permitirá ni ejecutar separadamente la deuda que a su favor reconoce la sentencia, ni obtener privilegio alguno dimanante de la fecha de ésta». Así, ni el privilegio de los créditos que constan en escritura pública, ni los reconocidos en sentencia, artículo 1924 CC, «puede reconocerse a los acreedores comunes que, tras la suspensión de pagos, ejercitan acción declarativa de su derecho fuera de su ámbito», ya que ello produciría innumerables fraudes. Asimismo, señala el TS, que dicho crédito, en virtud del artículo 12 LSP, se encuentra sujeto al convenio logrado en la suspensión de pagos, sin que sea de aplicación a este supuesto el artículo 17 LSP, que sólo se refiere a aspectos procesales. (STS de 16 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa de arrendamientos financieros, E., S. A., suscribe contrato de arrendamiento de bienes muebles con la entidad H, S. L., quien incumple el correspondiente abono de las rentas.

Encontrándose en suspensión de pagos, aun pudiendo continuar realizando su actividad mercantil en virtud de la LSP, los bienes objeto de arrendamiento fueron devueltos a *E., S. A.*, dándose por resuelto el contrato y sometiéndose al convenio. Ante tales hechos, la empresa arrendadora interpone demanda en base al incumplimiento del pago de renta, solicitando la ejecución de su crédito separadamente. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia estima parcialmente la demanda, siendo confirmada por el TS. (*E. M. C.*)

61. Quiebra: interrupción del nexo causal entre el daño (embargo por falta de inscripción registral) y el defecto en el otorgamiento de escritura pública por el Notario.—El TS señala que no existe nexo causal entre la negligencia del Sr. Notario y el resultado dañoso, es decir, las anotaciones preventivas de embargo, ya que, haciendo suyo el pronunciamiento de la Audiencia, «aun concurriendo una conducta negligente en los demandados, pueden verse los mismos exentos de responsabilidad si acreditan que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extraña de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad lo rompa». Dicha intervención causal se debió a la demora en el pago de los tributos correspondientes, siendo imputable a la empresa, o bien a un tercero, pero nunca al Sr. Notario, que rompió el nexo de causalidad entre la conducta del Sr. Notario y el resultado dañoso ya que en la fecha en que se pagó el impuesto ya no era posible la subsanación del defecto constatado en la escritura, lo que «justifica la ausencia de gestión por parte de la actora ante el señor Notario y sociedades otorgantes de la escritura para completar el defecto (...), máxime cuando en tal momento, aun subsanada, no obviaría la realización efectiva del daño». Resultado inevitable precisamente por la inscripción en el Registro de los asientos de embargo y haberse dictado el auto declarando a la sociedad hipotecante en quiebra con una retroacción anterior a la escritura.

Asimismo, debido a que el auto de declaración de la quiebra señaló la retroacción con fecha anterior al otorgamiento de la escritura pública, los actos de dominio y disposición del quebrado, en virtud del artículo 878.2 CCO, serán nulos, estableciendo dicho precepto una nulidad «absoluta o de pleno derecho» (S de 28 de octubre de 1996), que «no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado. La referida nulidad sólo supedita los efectos en cuanto precisa sea declarada judicialmente en aquellos casos en que determinada persona se oponga a la misma (SS de 9 diciembre de 1981, 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1991 y 11 de noviembre de 1993, entre otras)». Al no haberse atacado la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra, «la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca trasciende al nexo causal y rompe el mismo», absorbiendo además la negligencia del Notario, sin que le sea imputable responsabilidad alguna por las anotaciones de embargo sobre la finca. (**STS de 18 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos empresas mercantiles, con un mismo representante legal otorgan ante Notario escritura de reconocimiento de deuda frente a *M., S. L.*, con garantía hipotecaria sobre una finca. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, es negada la inscripción de la hipoteca por falta de pago de los tributos pertinentes. Una vez pagados, se deniega nuevamente la misma por exis-

tir un defecto en la misma, no constatado por el Sr. Notario, lo que provoca que pesen varias anotaciones preventivas de embargo sobre la finca ya que se había declarado la quiebra de la entidad hipotecante. Ante tales hechos, la Compañía mercantil *M., S. L.*, interpone demanda contra la comunidad de herederos del señor Notario, fallecido el mismo, y contra las compañías aseguradoras de su responsabilidad civil en reclamación de daños y perjuicios causados, cifrados en el importe de la deuda que se le garantizaba con hipoteca en tal escritura. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados al pago. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia revoca la sentencia; siendo desestimado por el TS el recurso de casación.

NOTA.—El TS estima que se produjo una interconexión de otro actuar negligente, el retraso en el pago del impuesto y la retroacción de la quiebra con efectos anteriores a la escritura, que rompieron el nexo de causalidad entre la conducta del Sr. Notario y el resultado dañoso, es decir, las anotaciones preventivas de embargo. Sin embargo, parece más correcto en este supuesto entender que nos encontramos ante una inexistencia de causa, más que ante una ruptura del nexo causal como entiende el TS, ya que la conducta del Sr. Notario no guarda relación de causalidad con el desencadenamiento de las anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, pues ese mismo resultado se hubiera producido aunque hubiera actuado diligentemente. Por tanto, es más adecuado hablar de inexistencia de causa, al no incidir la conducta en el resultado dañoso, que de la interrupción del nexo causal. (*E. M. C.*)

DERECHO PROCESAL

62. Error judicial. Concepto.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 31 de enero de 1995, 24 de abril de 1996 y 11 de septiembre de 1997) mantiene que existe error judicial cuando se adoptan decisiones absurdas e ilógicas, así como en los casos en los que se parte de pruebas que no constan en los autos o se omiten pruebas de carácter trascendental que determinarían el fallo (entre otras, SSTS de 18 de abril de 1992, 16 de octubre de 1993, 13 de diciembre de 1994 y 9 de marzo de 1996). También existe error judicial (SSTS de 2 de junio y 15 de octubre de 1993 y 7 de febrero de 1994) cuando la sentencia incurre en equivocación manifiesta y palmaria contraria al Derecho o aplica normas in-existentes o caducadas. (**STS de 16 de febrero de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. T. C. encargó a un abogado la interposición de una demanda contra la entidad *Comercial Lucense Ganadera, S. A.*, en reclamación de los daños sufridos a raíz de la muerte de un semental bovino, producida como consecuencia del suministro erróneo de un fármaco por la citada entidad. La demanda es desestimada, tanto en primera instancia como en apelación, por prescripción de la acción.

El abogado de don J. L. T. C. reconoce que ha cometido una negligencia profesional, al no interponer la demanda antes de que transcurriese el plazo de prescripción de la acción. Al mismo tiempo el abogado manifiesta a su cliente que cuenta con una póliza de seguro de responsabilidad civil en el ejercicio profesional suscrita con la entidad *La Vasco Navarra, S. A.*

Don J. L. T. C. ejercita la acción directa que le reconoce el artículo 76 LCS contra la mencionada entidad aseguradora, reclamando el pago de una cantidad de dinero por los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de prescripción de la acción ejercitada por su abogado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la compañía aseguradora al pago de determinada cantidad de dinero. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora y desestima la demanda.

Don J. L. T. C. formuló demanda sobre declaración de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando incongruencia y falta de claridad y precisión en la citada sentencia.

El TS desestimó la demanda sobre declaración de error judicial.
(*M. J. P. G.*)