

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Andrea MACÍA MORILLO, Virginia MÚRTULA LAFUENTE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Áurea RAMOS MAESTRE**

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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad y los de libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del TC se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20. 1. d) CE, en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de

la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información, de la otra—, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueron los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa. (SS, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 28 de abril y 4 de octubre de 1993 y 7 de julio de 1997.) La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia. Asimismo, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha venido reiterando que el derecho fundamental referido en el artículo 1º.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se encuentra integrado por dos aspectos relacionados ineludiblemente: el de «inmanencia o mismidad», representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de «trascendencia o exterioridad», constituido por el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad, y es por ello, por lo que el ataque y, en su caso, la lesión al honor, se desenvuelven tanto en el marco interno de la intimidad y de la familia, como en el externo del ambiente social y, por tanto, profesional en el que cada persona se desenvuelve.

Elementos que descartan la intromisión ilegítima: veracidad y general interés de la noticia publicada. Exigencia de comprobación media por parte del profesional.—Sabido es y así se deduce de la doctrina jurisprudencial existente, que uno de los principales elementos que sirven para configurar la presencia de una intromisión ilegítima llevada a cabo por medio del ejercicio del derecho de información es el de la «inveracidad», ahora bien, la veracidad que se exige a la información no requiere los caracteres de absoluta y total, al ser bastante y suficiente una comprobación profesionalmente razonable. En este punto, resulta fuera de toda duda que el contenido propiamente dicho del reportaje fue substancialmente veraz al recoger, transcribiéndolas, las manifestaciones vertidas por la persona entrevistada, pero dado que la misma aludió al resultado de la autopsia practicada al niño, cupiera pensar que la periodista debiera haber investigado tal particular para una posterior valoración, sin embargo, es evidente que ello hubiera representado un excesivo y escrupuloso quehacer profesional que excedería de la comprobación media a exigir a un periodista en el campo informativo, por lo cual, en el punto antedicho es de concluir que el reportaje no estuvo desprovisto de veracidad. Como elemento vinculado al de la veracidad está el concerniente al relevante y general interés de la noticia publicada, el que, desde luego, concurrió,

asimismo, en el reportaje, en razón a la naturaleza de lo informado y al medio inmediatamente geográfico en que se produjo, así como a las posibles personas a que afectaba, componentes de un determinado servicio médico en un concreto centro sanitario de la capital.

Inexistencia de intromisión ilegítima, aunque se expresara que era un caso de negligencia médica. Apreciación aislada y conjunta de las expresiones divulgadas.—Dentro de la colisión entre los respectivos derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, y a la libertad de información y expresión, en el presente caso la preferencia se decanta, en principio, por los segundos, y de aquí, que el problema que resta por estudiar y resolver es el de si los datos de atribución exclusiva a la autora del reportaje son susceptibles o no de incardinarse en la intromisión ilegítima prevenida en el apartado 7 del artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982: divulgación de expresiones que difamen a una persona o la hagan desmerecer en la consideración ajena. De una detenida y meditada lectura de los textos que integran la cabecera del reportaje y su inciso final, apreciados en su totalidad y tomados en consideración, tanto aisladamente, como en su relación conjunta entre sí, no se desprende, de ningún modo, que contengan expresiones capaces de encuadrarles dentro del precitado apartado, pues el texto de la cabecera se refiere a la no constancia desde hace tres años de denuncias por negligencias médicas o errores imputables al personal sanitario, dando como explicación la existencia de un miedo cerval a pleitear contra la clase médica, y el del inciso final alude al fuerte corporativismo del sector sanitario que impide, en muchos casos, acceder a la verdad y al fondo de muchas supuestas negligencias poco claras, o sea, que en ninguno de los dos textos figuran expresiones difamatorias o desmerecedoras que merezcan calificarse de atentatorias al honor y a la dignidad profesional, y aquellas, aisladas o relacionadas entre sí, la única repulsa que admitirían sería la equiparable a la de una crítica a la clase médica de Ciudad Real y, en particular, a los médicos y personal adscritos a la Residencia de Ntra. Sra. de Alarcos de esa capital, pero sin posibilidad de concederles mayor relevancia. Por lo que respecta al título del reportaje, *Dos casos de negligencia médica*, es indudable que comportan una significación negativa de superior grado, pero dichas expresiones tampoco exceden o rebasan el marco de una crítica a la profesión médica, además, no cabe olvidar al respecto que el reportaje fue esencialmente veraz y que semejantes expresiones fueron puestas en boca de la entrevistada, e independientemente de ello, su utilización, por más alcance negativo que se les concediera, no permite encajarlas dentro del supuesto tipificado en el repetido apartado. (STS de 28 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Un médico especialista en pediatría de un Hospital público interpuso demanda incidental por lesión del derecho al honor y a la propia imagen contra una periodista, el director y el redactor-jefe de una revista en la que se había publicado un artículo con el título *Dos casos de negligencias médicas*. Este trabajo periodístico reproducía una entrevista efectuada por la periodista a una mujer, en la que ésta narraba que había dado a luz después de 44 semanas de gestación y que el recién nacido fue trasladado a nidos, donde no cesó de llorar, lo que alarmó a su madre, que pidió que averiguasen la causa de ese sufrimiento. Después de transcurrir cinco horas en esa situación, el pediatra se dio cuenta de la gravedad del estado del niño, que murió poco después pese a los intentos por salvarlo realizados por parte del profesional. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estima-

ron la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del médico, condenando a la periodista y al director de la revista a indemnizar los daños causados. El TS casó la sentencia, declarando la inexistencia de intromisión ilegítima, pues se cumplen los requisitos de veracidad e interés general de la noticia que la excluyen. (L. F. R. S.)

2. Dualidad de aspectos en el concepto de honor.—Tal como expresa la S de esta Sala de 24 de enero de 1997, el honor, protegido como derecho fundamental (o de la personalidad, desde el punto de vista del Derecho civil) por el artículo 18. 1 de la Constitución, carece de definición legal. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, más que definir el honor, da un concepto negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima; cuyo texto, aunque no su sentido, ha sido modificado por la DF 4.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. En la doctrina, se ha aceptado unánimemente la definición procedente de la italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de las demás y en el sentimiento de la propia persona. La cual ha sido, a su vez, aceptada y seguida por esta Sala, que, desde la S de 23 de marzo de 1987, reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de la immanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

La protección del derecho al honor se extiende a las personas jurídicas.—El honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). El problema que se plantea es si este honor, fama o prestigio entra en el ámbito de derecho fundamental que reconoce el artículo 18.1 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y con la normativa procesal de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, o bien queda fuera del mismo y su protección se halla en el ámbito general de la llamada responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC que se ejercita por el proceso declarativo ordinario que corresponda según la cuantía.

La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara y sigue la que había iniciado la S de 9 de diciembre de 1993 y desarrolla la del TC 139/1995, de 26 de septiembre, que deniega el recurso de amparo que se formuló contra la anterior. Esta sentencia del TC expone una doctrina que se resume así: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Siguiendo esta doctrina, la S de esta Sala de 14 de marzo de 1996 dice (FJ 3.º, núm. 3.º, subap. a): la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica, son merecedoras de esta tutela (se refiere al honor) y la de 20 de marzo de 1997 dice: en lo que

respecta a la cuestión de si las personas jurídicas puedan ser protegidas a través del ejercicio del derecho al honor, superando el brocado que especifica que «las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor». Efectivamente, aunque en la CE no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas. Sin embargo a partir de la doctrina sentada a partir de la STC de 26 de septiembre de 1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

Prevalencia de las libertades de información y de expresión cuando concurren la veracidad y el interés general.—La alegación de infracción ilegítima en el derecho al honor cede ante la libertad de información —referida a hechos— y a la libertad de expresión —relativa a opiniones— cuando en el reportaje concurren los elementos de veracidad e interés general. Ambos se dan en el presente caso y así se desprende del párrafo transcrito de la sentencia impugnada. La veracidad no ha sido ni siquiera discutida, aunque sí se alega —en autos y en el motivo de casación— que no hubo veracidad plena. Pero en la publicación de un amplio reportaje no se exige la veracidad absoluta o plena, sino que caben errores o desviaciones que no alteren la veracidad esencial de la información. El interés general es indudable y no ha sido discutido. La jurisprudencia sobre la prevalencia de las libertades de información y de expresión proclamados en el artículo 20 CE cuando concurren la veracidad y el interés general es muy reiterada; por citar tan sólo las más recientes SS: 6 y 18 de abril, 10, 11 y 26 de julio; 25 de noviembre de 1995; 6 de febrero; 12 y 26 de marzo, 15 de julio; 4, 16 y 28 de septiembre; 24 de octubre de 1996; 20 de marzo y 10 de abril de 1997.

Para calificar una expresión de insultante, vejatoria o despectiva debe analizarse el contexto en que se insertan. El empleo de la palabra «corrupción».—Se trae también a revisión casacional, en este motivo, el uso de expresiones insultantes, vejatorias o despectivas. Es cierta la doctrina jurisprudencial que se alega en este motivo: la S de 31 de junio de 1992 decía que la libertad de expresión no comprende expresiones injuriosas o vejatorias y la de 10 de junio de 1993 insiste: el derecho de expresión e información no puede ser el vehículo intelectual de la difamación y de la lesión a la dignidad personal; más recientemente, la de 28 de marzo de 1996 dice que la libertad de expresión deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser injuriosas o vejatorias; en el mismo sentido se han manifestado otras SS, como las de 13 de julio y 5 de octubre de 1992 y 24 de mayo de 1994.

Pero junto a ello, también debe tenerse en cuenta el contexto en que se insertan las expresiones. La S de 28 de octubre de 1996 dice (en su F 2.º): para calificar de intromisiones ilegítimas en el honor de una persona determinada expresiones o frases a ella referidas, éstas han de ser examinadas dentro del contexto del lugar y ocasión en que fueron vertidas (S de 28 de mayo de 1990), ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y las motivaciones determinantes de la utilización de las mismas (S de 12 de diciembre de 1991). Tal como dice también la S de 31 de enero de 1997, esta Sala, en la S de 6 de abril de 1995 dijo: las palabras empleadas no pueden extraerse de su contexto, y ser juzgadas independientemente del mismo, prescindiendo de esta forma de las circunstancias concurrentes que les han servido de antecedente; doctrina ésta pacíficamente sentada por esta Sala en abundantes sentencias. Esta importancia del

contexto ya había sido resaltada en SS anteriores: la de 7 de septiembre de 1990, relativa a una polémica por elecciones a Presidente de un club de fútbol, la de 9 de enero de 1991, que dice que las expresiones no pueden interpretarse en su individualidad, extrayéndolas y aislándolas del contexto; la de 6 de junio de 1992 insiste en la misma idea de que no se puede ante supuestas ofensas al honor inferidas por medio de expresiones verbales o escritas, el absolutizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto.

En el presente caso, la expresión «corrupción» es desafortunada e inadecuada, pero puesta relación con el contexto, no se considera suficiente para fundamentar el concepto de intromisión al honor de la entidad demandante. El reportaje se explaya en una actuación irregular y, utilizando una expresión en sentido vulgar, lo califica de «corrupción», lo que es inapropiado, pero no atentatorio al derecho al honor, poniéndola en relación con el contexto. (STS de 9 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una Caja de Ahorros presentó demanda sobre protección del honor contra un periodista y director de un diario y contra la editora de éste. En el diario se había publicado bajo el título *La Caja de la corrupción* un reportaje en primera plana titulado *La Caja de R. perdonó al P. créditos por valor de 311 millones* y en páginas interiores se decía que «los pasó al concepto de fallidos es decir no cobrables, sin antes haber estado clasificados de morosos y sin haber formulado reclamación o haber llegado a la convicción de que eran personas o asociaciones insolventes». Las dos instancias y el TS rechazaron que tales expresiones y publicación de noticias constituyeran un ataque contra el derecho al honor de la Caja de Ahorros, si bien el TS admitió que las personas jurídicas tienen honor. (L. F. R. S.)

3. Doctrina del TC sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad y los de libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, de otro, la jurisprudencia del TC se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1. d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebida—

mente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra-, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobadas a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SS, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992 y 28 de abril y 4 de octubre de 1993)—. La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

Informaciones que no constituyen supuestos de intromisión ilegítimas en los derechos al honor y a la intimidad.—Atendiendo a la totalidad de los datos publicados y apreciándoles en su conjunto, las únicas imputaciones claras e inequívocas respecto a la menor objeto de los reportajes periodísticos se referían a haber tenido malas amistades y estar alguna de ellas metidas en el mundo de la prostitución y la droga, lo cual, no puede, evidentemente, calificarse como un supuesto de intromisión ilegítima, ni, tampoco, aquella relativa a su localización por efectivos policiales anti-droga en el curso de una redada en un piso habitado por gitanos, y por lo que respecta a las imputaciones concernientes a la prostitución, las expresiones utilizadas son de todo punto equívocas e hipotéticas y, desde luego, su lectura no permite deducir que la menor se dedicara activamente a semejante actividad, sino, a lo sumo, que podría ser una víctima u objeto de la misma. (STS de 11 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Desaparecida de casa una menor, de 13 años de edad, sus padres contrataron a unos detectives privados para que la localizaran. La búsqueda adquirió relevancia pública debido a la colocación de carteles por toda la ciudad. Sin que los padres lo autorizaran, los detectives privados formularon unas declaraciones en un periódico, en las que revelaban los resultados de sus pesquisas y, en concreto, que la menor había tenido malas amistades y estar alguna de ellas metidas en el mundo de la prostitución y la droga, y que fue localizada por efectivos policiales anti-droga en el curso de una redada en un piso habitado por gitanos. Los padres demandaron en sus nombres y en el de la hija común a los detectives y a la sociedad a la que prestaban sus servicios, reclamando una indemnización pecuniaria. La demanda fue desestimada en las dos instancias y por el TS, que no apreciaron la existencia de intromisión ilegítima. (L. F. R. S.)

4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: requisito de la «divulgación» de los hechos difamatorios. Inexistencia de «neutralidad» en el reportaje que reproduce, extractándolas, manifestaciones de un tercero sin realizar valoraciones sobre ellas.—Elemento imprescindible para que pueda apreciarse intromisión ilegítima en el derecho al honor es la divulgación y así se recoge en la S de esta Sala de 24 de enero de 1997, que cita las de 18 de julio de 1989 («la acción nuclear estriba en la divulgación»), 30 de diciembre de 1991 («sin divulgación no hay imputabilidad»), 6 de junio de 1992 («exige una divulgación... lo que entraña una idea de publicidad»), 23 de marzo de 1993 («como requisito ineludible, la concurrencia de divulgación en orden a apreciar la existencia de una intromisión al honor») y 15 de febrero de 1994 (hubo una «divulgación por el propio interesado»). En el caso que nos ocupa, esa divulgación, a la que iban destinadas las manifestaciones innecesarias del Sr. O., se realizó también de modo innecesario e improcedente por quienes hoy recurren.

Tal como recoge la S recurrida, la del TC 232/93, de 12 de julio, estableció que tratándose del requisito de la relevancia pública de la información, el medio de comunicación debe observar el mismo cuidado y diligencia que es exigible cuando, lejos de reproducir declaraciones de un tercero, suministra informaciones propias; y en ambos casos, si el contenido de la información es, en principio, lesivo del honor de una persona ha de guardarse de darle difusión.

Precisamente por tomarse el reportaje de una grabación anterior, el periodista, igual que suprimió cuanto le pareció accesorio, pudo suprimir el ataque innecesario al honor de un tercero; y tal como se recoge en las SS de 22 de abril de 1992, 30 de abril y 23 de julio de 1990, ha de aplicarse el artículo 65-2 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de junio de 1966, para la responsabilidad directa y solidaria entre el autor material del reportaje, director y editor del «medio», pues que, como dice la primera de las citadas sentencias, ha sido expresamente admitida su constitucionalidad por la STC 172/90, de 12 de noviembre, que reconoce la aplicabilidad de dicho artículo y Ley fundándose en la culpa del director del medio periodístico o del editor, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información que el periódico difunde, sin que el director pueda quedar exonerado al tener derecho de veto sobre todos los originales del periódico, considerándose al referido precepto «pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas, bienes jurídicos también amparados por la CE que resulten ilícitamente vulnerados por informaciones periodísticas vejatorias, difundidas fuera del ámbito protector del derecho de información».

Si, pues, el contenido vejatorio y de ataque al honor era innecesario para el reportaje, carecía en sí de relevancia pública, se pudo suprimir y no se hizo, se incumplieron los cánones profesionales para comprobar la información y la atribución del vicio se ratificó prácticamente con la carta del Sr. O. dos semanas después, sin que hubiere corrección alguna, ni estamos ante situación de reportaje neutro, ni en situación de amparo en el artículo 20.1.d) CE, pues se produjo un ejercicio constitucionalmente inadecuado de las libertades de expresión e información que no justifican el sacrificio innecesario del Sr. G. O. (STS de 27 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Cambio 16* publicó una entrevista al ex-campeón olímpico de esquí Francisco Fernández Ochoa en el curso del cual realizó éste manifestaciones descalificatorias sobre el esquí español, en general, y dos concretos esquiadores, en particular. En carta

posterior a la revista el Sr. Fernández Ochoa se disculpaba pero mantenía las afirmaciones vertidas: «Sólo me limité a llamar las cosas por su nombre». Interponen demanda de protección civil de su derecho al honor los dos esquiadores aludidos y el Juzgado sólo estima una de ellas. Apelan el Sr. Fernández Ochoa y el autor de la entrevista junto con director y editor de *Cambio 16*. La Audiencia desestima el recurso de apelación. La misma suerte corre el recurso de casación interpuesto por los apelantes. (R. G. S.)

5. Procedimiento adecuado para resolver la expulsión y cesación de militancia en un partido político.—Se aporta este primer motivo para combatir la declaración de la sentencia recurrida que decretó inadecuación de procedimiento para resolver la cuestión de la expulsión y cesación definitiva de los recurrentes en la condición de militantes del partido político *Centro Democrático y Social*. A tal efecto se aportan como infringidos los artículos 1 y 11 a 15 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, artículo 7 LOPJ y artículos 53, 25-1, 24-2 y 14 CE.

La decisión del tribunal de instancia se apoya en una sola sentencia de esta Sala, pronunciada en fecha de 21 de mayo de 1992 —que no conforma doctrina jurisprudencial—, la que parte de un supuesto fáctico distinto al presente, ya que se trataba de la secesión de un grupo político y la ruptura unilateral de pacto confederal y, por tanto, del apartamiento voluntario de los afiliados que adoptaron tales acuerdos, con referencia al artículo 6 CE (que reconoce los partidos políticos), y no encontrarse dicho precepto comprendido dentro de los derechos protegibles de la Ley de 26 de diciembre de 1978, «su posible vulneración», que indudablemente no afecta a la libertad de asociación proclamada en el artículo 22 CE, con lo que se decide si el acuerdo de separación de ciertos miembros del partido político en cuestión había sido adoptado con sujeción o no a sus normas estatutarias, cuestión que no podía dilucidarse por el cauce del procedimiento especial de la referida Ley 62/1978, sino a través del proceso declarativo ordinario.

Centrando la cuestión del debate, en este caso se trata de la expulsión directa, que se denuncia como arbitraria, de los militantes que demandaron y en este sentido hay que tener en cuenta, que si bien resulta respetable el derecho de cada persona a integrarse o no en una determinada asociación, si trasciende a tal derecho cuando se produce la expulsión impuesta de la misma. Los partidos políticos caben ser encuadrados en el amplio espacio del derecho asociativo, y con sus consecuencias inherentes, sin perjuicio de las peculiares representan efectiva asociación de personas, y así se deduce de la Ley de 4 de diciembre de 1978, asistiéndoles una finalidad bien precisa y determinada que es la participación democrática en la vida política del país, al jugar papel importante y decisivo en los regímenes políticos democráticos pluralistas. No se configuran como órganos estatales, lo que garantiza su independencia, sino más bien como instrumentos colectivos organizados para posibilitar alcanzar y ejercer el Gobierno (S de 26 de julio de 1993), por el cauce constitucional de la actuación y participación electoral. La jurisprudencia civil posterior, en la línea jurídica que contienen los artículos 7 LOPJ, 53 CE y 1 y 11 (que autoriza a impugnar actuaciones relativas a los derechos fundamentales de la persona), de la Ley de 26 de diciembre de 1978, ha estimado correcta la vía procesal especial que esta normativa establece, en los supuestos en los que se combate la expulsión de un socio de asociaciones de diversos tipos —SS de 26 de octubre de 1995, 27 de diciembre de 1996 (entre otras)—, así como la de 24 de marzo de 1992 que declara que los derechos funda-

mentales pueden ser conculcados o violados no sólo por los poderes públicos, personas y funcionarios a sus órdenes, sino también por las personas físicas y jurídicas (STC de 11 de octubre de 1988), a cuyos efectos hay que tener en cuenta que los partidos políticos están dotados de personalidad jurídica reconocida, conforme al artículo 2 de la Ley de 4 de diciembre de 1978.

Con referencia concreta a la aptitud del procedimiento incidental, que establece el artículo 13 de la Ley 62/1978, para resolver la cuestión debatida respecto a la expulsión definitiva de los socios del partido *Centro Democrático y Social*, las recientes SS de 13 de junio y 21 de septiembre de 1996, estiman adecuada la vía procesal de que se deja hecha referencia.

Contenido del derecho de asociación.—El derecho de asociación (art. 22 CE), lleva inherente el derecho a no ser expulsado arbitrariamente del grupo asociativo en que se halle integrado el excluido. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Cien afiliados al partido político *Centro Democrático Social* fueron expulsados como consecuencia de haber dirigido a la dirección una carta crítica —que fue objeto de divulgación por distintos medios informativos— sobre la situación del partido. La Comisión Provisional de Conflictos instruyó expedientes disciplinarios que terminaron con el acuerdo de expulsión de la formación política. Impugnan judicialmente los afectados estas resoluciones por estimar que vulneran sus derechos de asociación y participación en la vida pública, libertad de expresión, a ser informados de la acusación formulada, a la presunción de inocencia y el principio de legalidad. El Juzgado estima parcialmente la demanda interpuesta. Es acogida la apelación de los demandados, declarando la Audiencia —entre otros pronunciamientos— la inadecuación del procedimiento seguido en la instancia. Recurren en casación los demandantes declarando el TS haber lugar en parte. (R. G. S.)

6. Incapacitación: concepto, extensión y naturaleza.—La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia, como dispone el artículo 199 CC, es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia, como prevé el artículo 210 CC.

La base fáctica de la incapacitación, las «causas fijadas en la ley», como dice el artículo 199 CC, son las «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma», como precisa el artículo 200 CC y como matiza la jurisprudencia de esta Sala, es la «decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse, dice la S de 31 de diciembre de 1991, en lo que insiste la de 31 de octubre de 1994 y reitera la de 19 de febrero de 1996, que destaca que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como “permanencia hacia el futuro”».

El artículo 200 CC señala la base fáctica en que debe basarse la sentencia que constituye a una persona en el estado civil de incapacitación. La jurisprudencia, tanto la S de 31 de diciembre de 1991, como otras, como las de 20 de mayo y 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996, desarrollan aquel precepto, esta última dice literalmente: «la capacidad de las personas físicas es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control por disposición expresa de la ley en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas

circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial».

La incapacitación es un estado civil indisponible, regulado por normas de *ius cogens*, que se refieren a la persona y al patrimonio (no sólo a éste) y que da lugar al sistema de guarda que en este caso es la tutela, y ésta, tras la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil, es una tutela de autoridad, que se constituye y controla judicialmente.

Procedimiento para la constitución de la tutela.—El artículo 210 CC ordena que la sentencia de incapacitación determine «la extensión y los límites de ésta» y fije «el régimen de tutela o guarda», sin constituir las, ya que esto corresponde al expediente de jurisdicción voluntaria que se inicia tras la firmeza de aquélla; a estos extremos se han referido, en el sentido expuesto, las SS de 22 de julio de 1993 y 27 de enero de 1998. (STS de 19 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. Q. F. formula demanda de incapacitación contra su hermana —aquejada de una demencia senil y la enfermedad de Alzheimer— quien comparece en autos para oponerse. El Juzgado de Primera Instancia resuelve constituyendo a la demandada en el estado civil de incapacitación. Apela ésta oponiéndose a la apelación el actor y el Ministerio Fiscal. La Audiencia confirma íntegramente la sentencia del Juzgado. Interpone la demandada recurso de casación oponiéndose nuevamente actor y Ministerio Fiscal. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

7. Cosa juzgada. Identidad exigida por el artículo 1252 CC.—El TS tiene establecido en una amplia jurisprudencia (entre otras, SSTS de 1 de octubre de 1991, 31 de marzo de 1992, 27 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996) que la concurrencia del requisito de identidad de cosa, causa y persona que establece el artículo 1252 CC se observa realizando un juicio comparativo en lo relativo a la relación jurídica controvertida entre lo resuelto por la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso.

Cosa juzgada material. Significado.—Establece el TS (STS de 20 de septiembre de 1996) que la cosa juzgada tiene dos vertientes. La vertiente negativa impide que una contienda ya resuelta por sentencia firme se pueda volver a plantear (se trata del principio jurídico de *non bis in idem*). Por otra parte, el aspecto positivo de la cosa juzgada significa una obligación que se impone al juzgador de respetar lo declarado en proceso anterior que verse sobre la misma controversia.

Sentencia firme. Impugnación.—El TS considera que la única forma de atacar la firmeza de una sentencia es la interposición de demanda de revisión.

Estado civil. Eficacia de cosa juzgada.—Conforme al artículo 1252.2 CC, dispone el TS que en materia de estado civil la cosa juzgada es oponible a terceros aunque no hubiesen litigado en el proceso. Se trata de un principio esencial a la existencia de los tribunales y a la seguridad jurídica que han de producir sus resoluciones.

Cambio legal en materia de estado civil. Cosa juzgada.—A pesar de la evolución legal, desde la entrada en vigor de la Constitución, de la materia del estado civil y a pesar de los avances científicos en lo que respecta a la prueba de

paternidad. estima el TS que las sentencias sobre estado civil ya firmes adquieren de forma indubitada *erga omnes* y *ex lege* el valor de cosa juzgada. Consiguientemente, no es posible su ataque a través de un nuevo proceso en que se haya de resolver en sentido contrario a lo que en su día se decidió en el que produjo la sentencia firme. (STS de 19 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. F. P. L., soltero y con cuatro hermanos, fallece en 1967 sin haber hecho testamento. Se entabla procedimiento contra los hermanos del mismo y la herencia yacente, a raíz del cual se declara que don M. C. C. es hijo natural del difunto y heredero del mismo, anotándose tal pronunciamiento en el Registro Civil. Poco después, y de forma independiente, se entabla un segundo procedimiento, por el cual se declara que doña M. T. L. P., es hija natural del difunto y heredera también del mismo; pronunciamiento que se inscribe en el Registro Civil. Ambos hijos naturales proceden de madres diferentes. Los hijos naturales declarados herederos otorgan escritura de partición hereditaria en 1979.

Tres años después, los hermanos de don M. F. P. L. interponen demanda solicitando la declaración de que don M. C. C. y doña M. T. L. P. no son hijos naturales de su difunto hermano, así como la rectificación a estos efectos del Registro Civil. Solicitan igualmente que se les declare a ellos herederos de su hermano y la declaración de nulidad de la escritura de partición de la herencia realizada por los demandados. Esta demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, que considera que se ha de aplicar la excepción de cosa juzgada. Igualmente desestima el recurso de apelación la Audiencia Provincial sobre la misma base. Interpuesto recurso de casación por los demandantes que consideran que no hay identidad de cosas, causas y personas, el TS lo desestima. (A. M. M.)

8. La inhabilitación del quebrado no funciona en el intervalo que va desde la declaración de quiebra hasta el nombramiento de los síndicos, siempre que su intervención pueda beneficiar los intereses de sus acreedores.—La sentencia de la Audiencia con observancia de la línea doctrinal de la STS de 30 de junio de 1978, respecto al alcance de la inhabilitación de los quebrados, argumenta que ésta tiene su fundamento en la protección de los intereses de los acreedores afectados por su situación, pues tal estado no incapacita al quebrado, sino que sólo lo inhabilita, y, como expresa la citada STS, se origina una cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores, la cual encuentra su *ratio* en la conveniencia de evitar que el quebrado realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de ellos; la referida STS sentaba asimismo que, en el ámbito jurídico, nada impide el reconocimiento de capacidad procesal al quebrado para el ejercicio de los derechos no afectados por esa limitación de su poder patrimonial.

Es preciso señalar que, en el momento en que fue dictada la sentencia impugnada, no existía constancia sobre el nombramiento de los síndicos, y ante esta circunstancia, ninguna traba legal se oponía a la permanencia de la compañía *Embutidos Maiso, S. A.*, en el juicio pese a su condición de quebrada; los razonamientos de dicha resolución sobre lo injustificable de la paralización del proceso en contra de la voluntad de la quebrada —«a) ésta conserva su capacidad procesal en la medida que no requiera restricción el buen fin de la ejecución general; b) interesa a los acreedores, en tanto los síndicos no actúen en los términos que establece el artícu-

lo 1091 del Código de Sáenz de Andino que este proceso siga su curso normal en previsión de una sentencia que, de ser confirmatorio de la recurrida, provocará un incremento de la masa en provecho de todos ellos; c) en el artículo 9 LEC no aparece regulada la declaración de quiebra como causa de extinción del poder del Procurador, y d) tampoco aparece prevista en el artículo 323 de dicha Ley como causa de suspensión de la vista—, son técnicamente impecables, y unidos a los precisados en el párrafo precedente, aportan validez a la respuesta permisiva de la aptitud procesal de la quebrada en este caso.

En efecto, la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes (art. 878.1 CCO) y que le priva de capacidad para comparecer en juicio en relación a los mismos, por lo que necesita de los síndicos para suplirla, no funciona en el intervalo que va desde la declaración de quiebra hasta el nombramiento de los síndicos, en cuyo espacio temporal, para los juicios en trámite, aquél conserva la necesaria habilidad procesal siempre que su intervención, como en el supuesto del debate, pueda beneficiar los intereses de sus acreedores. (STS de 26 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Después de dictarse sentencia por el Juzgado de Primera Instancia condenando a la demandada a pagar una cantidad a la actora, y de interponer la condenada recurso de apelación, ésta presentó un escrito en la Audiencia en el que manifestaba que un Juzgado había acordado la quiebra necesaria de la demandante y dispuesto la inhabilitación de sus administradores, alegando que la declaración de quiebra impedía que el actor litigara en defensa de los bienes que integran la masa. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron las pretensiones del demandado y recurrente. (L. F. R. S.)

9. Competencia jurisdiccional por sumisión tácita.—Este motivo de casación debe ser desestimado, en primer lugar, porque la parte codemandada y recurrente en casación *Jamón Aneto, S. A.*, se aquietó ante aquella desacertada sentencia que no resolvió la cuestión de competencia y, no sólo no la recurrió, sino que al contestar la demanda mostró su propia sumisión tácita al órgano jurisdiccional de Valladolid y, en segundo lugar, cuando el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en el proceso principal y es apelada por la parte demandante, la recurrente en casación, codemandada, *Jamón Aneto, S. A.*, ni formula recurso de casación ni se adhiere al formulado.

Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—El segundo y tercer motivo de casación, formulados al amparo de lo dispuesto en el núm. 4.º del artículo 1692 LEC son tratados conjuntamente, pues ambos se refieren a la verdadera cuestión clave, que es la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 6 de julio, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o

extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991 se proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, lo que reiteran las de 16 de marzo, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su F 2.º, párrafo 2.º). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las de 31 de octubre de 1996, 10 de febrero y 24 de marzo de 1997. La primera dice (F 1.º, párrafo 5.º): la teoría del «levantamiento del velo» —*lifting the veil*— creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas, está, hoy por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática sentencia de esta Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que «se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC). La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS de 28 de mayo de 1984 y 1 de diciembre de 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S de 28 de mayo de 1984 y en la de 12 de febrero de 1993; su texto literal es: en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la CE (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto— se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los «derechos de los demás» (art. 10 CE).

Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo cuando una persona física es propietaria de la mayor parte del capital de dos sociedades.—Reconociendo, lo que es indiscutible, la personalidad jurídica de ambas sociedades demandadas, la sentencia recurrida no ha infringido la Ley de Sociedades Anónimas, ni el artículo 7.2 CC, sino que ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica, partiendo de los hechos que reconoce como acreditados. La novedad y especialidad con la que se enfrenta la presente sentencia es que tras el velo de la codemandada *Jamón Aneto, S. A.*, se halla una determinada persona física y esta misma es la que se halla tras el velo de la codemandada *Dimpasa*; es decir, el levantar el velo descubre —como expresa como probado la sentencia recurrida— la verdadera situación en orden a la personalidad, que da lugar a una apariencia que no es

social ni éticamente sostenible y produce un daño a tercero que había contratado de buena fe. (STS de 15 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un acreedor demandó a dos sociedades en reclamación de cantidad alegando la doctrina del levantamiento del velo y pidiendo que se condenara solidariamente a las demandadas a pagar la deuda. El Juzgado de Primera Instancia condenó a una sociedad pero absolvió a la otra. Sin embargo, la Audiencia Provincial y el TS aplicaron la doctrina del levantamiento del velo y condenaron solidariamente a las demandadas al pago de la deuda, pues se acreditó que una determinada persona física era propietario de la mayor parte del capital de ambas sociedades, que existían dependencia y extresijos entre ambas y las relaciones comerciales, de dependencia («o al menos inexplicables en el tráfico mercantil») de una a otra. La recurrente en casación alegaba que la sentencia de instancia no había resuelto la cuestión de competencia formulada antes de contestar la demanda, pero el TS rechazó ese motivo, al considerar que existía competencia jurisdiccional por sumisión tácita. (L. F. R. S.)

10. Levantamiento del velo jurídico. Los órganos judiciales pueden penetrar en el interior de las personas jurídicas cuando ello sea preciso para evitar el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.—Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en SSTS de 28 de mayo de 1984, 24 de septiembre de 1987, 4 de marzo de 1988, 20 de junio de 1991 y 13 de diciembre de 1996, que en el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, valores consagrados en la CE, se ha decidido, prudencialmente y según los casos y circunstancias, la aplicación, por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), de la práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que, al socaire de esa ficción de forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), y así se admite la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE); es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un ejercicio antisocial de su derecho. La sentencia dictada por el Juzgado, asumida, como ya se ha precisado, por la de la Audiencia, parte de la certeza de que las compañías *Pirotecnia Golpe, S. A.*, y *Pirotecnia Zaragozaana, S. A.* son independientes y de que el trabajador fallecido no se encontraba vinculado laboralmente con la última reseñada, pero después de un minucioso examen de la prueba practicada, llega a la conclusión de que ambas sociedades constituyen una sola empresa. Los motivos han de ser desestimados porque la doctrina general sobre el «levantamiento del velo», tras el minucioso examen de la prueba practicada en autos y las conclusiones fácticas alcanzadas en las instancias, justifica la condena de *Pirotecnia Zaragozaana, S. A.*, sin que quepa ahora la realización de un nuevo análisis demostrativo, que convertiría la casación en una tercera instancia. (STS de 25 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de una señora con cuatro hijos muere en un accidente laboral en la pirotecnia en la que trabajaba. La viuda demanda, en su propio nombre y como representante legal de sus hijos meno-

res de edad, a la sociedad para la que trabajaba el marido y a otra íntimamente relacionada con ella, reclamando una indemnización. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación estiman parcialmente la demanda. Una de las sociedades demandadas y condenadas interpone el recurso de casación que es desestimado. (*L. F. R. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Contrato atípico de utilización de autopista. Específicos deberes de cuidado de la empresa concesionaria.—Ninguna razón se aporta para invalidar, con lógica, la correlación que establece la sentencia recurrida entre ambos conceptos, ya que el primero expresa la reciprocidad de las prestaciones, canon que paga el usuario y utilización por el mismo de las instalaciones viarias (art. 14-1.º: «el concesionario podrá percibir de los usuarios, el peaje que corresponde por aplicación de las tarifas aprobadas») y el segundo, las condiciones en que ha de prestarse el servicio de utilización de la vía [art. 27-1.º y 2.º a): «1.º el concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización; 2.º La continuidad en la prestación del servicio le obligará, especialmente, a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía salvo que la adopción de medidas obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación»]. Por ello, debe reputarse acertada la calificación que otorga la sentencia recurrida, a la relación jurídica entre usuario y concesionario, considerándola contrato atípico «a través del cual, y mediante el pago de un peaje a cargo del usuario, la empresa concesionaria viene obligada a garantizar a éste una circulación fluida, rápida y sin riesgo de ningún tipo pues se espera que el concesionario lo haya eliminado».

Relación de causalidad entre el daño y la omisión de diligencia.—La doctrina jurisprudencial indica, con razón, la sentencia impugnada, ha acentuado el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104 CC, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, exigiéndose como normativa la exigencia de «agotar la diligencia».

Colisión con animal. Inexistencia de caso fortuito.—La parte demandada —hoy recurrente— ha alegado, basándose en el artículo 1105 CC la existencia de caso fortuito, dada la imposibilidad del suceso o su inevitabilidad, pese a la previsibilidad del mismo y ha argumentado, en abstracto, sobre la imposibilidad de prever la conducta de un ser irracional (como un perro) o sobre el carácter de la «valla de cerramiento»... Cabe deducir a la vista de los desperfectos observados que las vallas requieren constante vigilancia, en toda su extensión, y que puede existir en cualquier momento una abertura lo suficientemente grande para introducirse un perro, sin que pueda asegurarse que la procedencia del perro el día de autos fuera de las entradas y salidas, ello, sin perjuicio, de que la práctica justifica la necesidad de extremar medidas de vigilancia en la misma, encontrándonos ante hechos previsibles como lo demuestran los diversos procedimientos incoados por daños originados por la irrupción de perros en la autopista, remitiéndonos a lo expresado por la doctrina jurisprudencial anteriormente recogida, «si

todas las medidas utilizadas se revelan insuficiente para la evitación del riesgo, se exige agotar las diligencias». Hasta tanto ello no se haga, el suceso no se puede reputar sea imprevisible, insuperable o irresistible y, en definitiva, sea hecho fortuito como invoca la parte recurrente; el riesgo de la explotación debe asumirlo la concesionaria. (STS de 5 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La presencia de un perro que, procedente de sitio ignorado, se había internado por la autopista fue causa del accidente que originó lesiones y secuelas a un motorista y daños al propietario del vehículo. Los perjudicados dirigieron su acción sobre reclamación de cantidad contra la entidad *Autopistas del Mare Nostrum, S. A.* La demanda fue estimada íntegramente en primera instancia, siendo recurrida la sentencia pronunciada por el Juzgado ante la Audiencia Provincial de Sevilla —sección sexta— que la revocó en cuanto a la indemnización por daños materiales y abono de las costas. El TS confirmó la imputación de responsabilidad a la empresa concesionaria de la autopista.

De entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciable, condicionantes del fallo emitido, conviene destacar, de una parte, que no se pudo asegurar que el perro se introdujera por la zona de penetración que carece de control, y de otra, que, examinado el estado de las vallas de cerramiento existentes en el tramo de autopista entre el punto de colisión y la salida más inmediata, se observaron diversos agujeros y trozos de valla totalmente nuevos, comprobándose, en general, el remiendo de las mismas con cables nuevos.

NOTA.—El TS mantiene, en la sentencia que nos ocupa, el criterio de que la cuestión sometida a debate debe enjuiciarse a la luz de la Ley 8/1972, de 10 de mayo sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. A la vista de sus preceptos, la Sala afirma la existencia de un contrato atípico concertado entre el concesionario y el usuario de tales vías, que condiciona la naturaleza de la responsabilidad de la compañía concesionaria, que habrá de ser valorada conforme a los criterios de responsabilidad por culpa contractual vigentes en el Código civil.

La sentencia comentada se inserta dentro del grupo de pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en los que la conservación de las instalaciones de la autopista en debidas condiciones para una conducción segura se incluye dentro de las prestaciones que en el ámbito contractual corresponden al concesionario. Desde esta perspectiva, la aparición de un elemento extraño en la autopista, como sucede en el caso enjuiciado con el perro, que altera la normalidad del servicio garantizada por la empresa concesionaria, no se valora como un evento calificable de caso fortuito, sino como una circunstancia de acaecimiento previsible en el marco contractual, y, por tanto, capaz de generar una obligación reparadora del daño a cargo de quien no ha demostrado haber utilizado todos los mecanismos necesarios para evitar el riesgo en cuestión.

No hay que olvidar, sin embargo, que el propio TS ha reconocido que dentro de una relación contractual pueda surgir una responsabilidad extracontractual, conforme al artículo 1902 CC, siempre que la negligencia no se refiera al cumplimiento estricto de lo pactado. Por

ello, aun admitiendo que la concesionaria está obligada a facilitar la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad, no siempre la presencia de un animal en la calzada implicará incumplimiento del contenido contractual. La obligación referida no puede llevarse al extremo de que la entidad tenga que mantener de continuo presencia de operarios en cada punto de la vía para evitar el súbito acceso de semovientes a la zona. Parece necesario que el animal deambulara por la vía con una antelación suficiente para que pudiese haber sido detectado por los empleados encargados del mantenimiento, pues cabría también la posibilidad de que sus propietarios lo hubieran abandonado negligentemente dentro del recinto.

Ninguna de las partes plantea la posible responsabilidad del dueño del perro con el que se colisiona, sobre cuya identidad no se aporta ningún dato, no pudiendo, por tanto, ser identificado. (A. R. M.)

12. Reconocimiento de deuda: artículos 1277 y 1275 CC.—Conforme al artículo 1277 CC, se presume existente y lícita la causa de las relaciones contractuales, favoreciendo de esta forma al acreedor, al desplazarse sobre el deudor la carga de probar su inexistencia o ilicitud (art. 1275 CC) a fin de destruir la presunción legal, y si lo logra ocasionaría la ineficacia del negocio.

En cuanto al reconocimiento de deuda, como negocio causal que es, la Sala, afirma (siguiendo a las SS de 28 de marzo de 1983, 16 de febrero de 1988, 25 de enero y 6 de noviembre de 1990, 27 de noviembre de 1991 y 3 de septiembre de 1993) que se trata de «un contrato de fijación válido y lícito y afecta a quien lo admite, pudiendo tener como objeto exclusivo facilitar a la otra parte interesada un medio de prueba o considerar la deuda como realmente existente y de cargo de quien efectúa la declaración reconocitiva, lo que le vincula con efecto constitutivo por representar causa justificada». En el caso de que en el reconocimiento de deuda no resultara precisada la causa o la misma se ignore —sigue la Sala—, «no por eso pierde eficacia, al revestir naturaleza contractual, que se rige por el artículo 1277 y asimismo le es aplicable el 1275, lo que se traduce en una abstracción meramente procesal —no material— de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga probatoria, ya que la causa subyace en el reconocimiento de la deuda practicada (SS de 3 de febrero de 1977, 20 de noviembre de 1992, 11 de marzo de 1993, 21 de julio de 1994 y 22 de julio de 1996)».

Doctrina sobre el enriquecimiento injusto.—Es constante y reiterada la doctrina del TS que afirma que el enriquecimiento injusto «no se genera cuando concurre causa contractual justa, entendiendo por tal aquella situación jurídica que autoriza al beneficiario de un bien a recibirlo (S de 19 de diciembre de 1996), y también al acreedor a percibir la deuda reconocida, bien porque existe una disposición legal en este sentido o porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz y cuya nulidad e ineficacia no se ha logrado demostrar, por lo cual cuando no se da carencia de causa justificativa de la ventaja económica denunciada ni se acredita que representa supuesto de beneficio económico adquirido, desprovisto de total relación negocial, se excluye el enriquecimiento injusto (SS de 13 de diciembre de 1991, 6 de febrero y 5 de diciembre de 1992, 19 de mayo de 1993, 17 de febrero de 1994 y 8 de junio de 1995)».

Responsabilidad ganancial: artículos 1362-4.º y 1365-2.º.—Serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de los negocios o por el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (art. 1362-4.º) y lo es el pago del precio de un camión por parte del cónyuge

ge transportista, estableciéndose en el artículo 1365-2.º la responsabilidad ganancial directa para su pago de los bienes que tienen tal condición. (STS de 29 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito objeto de autos trae causa de un documento privado firmado entre el demandado don Crescencio M. M. y la actora, *Transportes Mandiola, S. A.*, en virtud del cual aquél reconoce adeudar a esta última la cantidad líquida y vencida de 8.257.284 pesetas como consecuencia de la detallada liquidación de cuentas contenida en el propio documento, donde se hacía una fijación precisa de la causa que generó dicha situación contable. En particular, la deuda se refiere al precio de la compra de un camión (al haberse operado subrogación en un contrato de arrendamiento financiero y asumir el demandado la obligación de satisfacer a la citada mercantil los pagos correspondientes al *leasing* concertado y el precio del mismo) y a los arreglos del vehículo pagados por la actora.

Interpuesta demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la mercantil *Transportes Mandiola, S. A.*, frente a los demandados, don Crescencio M. M. y su esposa doña Ramona M. G., el Juzgado de Primera Instancia de Durango, apreciándola en su integridad, condena a los demandados a pagar la cantidad solicitada de 8.257.284 pesetas con sus intereses legales desde la fecha de presentación en este juzgado de la solicitud de embargo preventivo de los bienes de los demandados. Tanto el recurso de apelación como el de casación, incoados por los demandados, fueron desestimados por sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Bilbao y el TS. (V. M. L.)

13. La interpretación contractual es función de los órganos de instancia y su resultado debe mantenerse en casación si no resulta ilógica o vulneradora de las normas legales.—A la vista de ello, ha de traerse a colación la doctrina de esta Sala, harto reiterada en innumerables sentencias, según la cual es función de los órganos de instancia la interpretación contractual, cuyo resultado ha de mantenerse en casación mientras no se demuestre que es ilógica o vulneradora de las normas legales.

La naturaleza jurídica del precontrato exige que se halle prefigurada en él una relación jurídica con todos sus elementos básicos, cuya efectividad se deja a voluntad de una o ambas partes. Es el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos.—En el caso que nos ocupa, la Audiencia ha adoptado la doctrina más autorizada en nuestra civilística sobre la naturaleza jurídica del precontrato, que exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas, por lo que aquellos vicios están ausentes obviamente. El precontrato, en tal sentido, es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos. Confrontado el documento de «intenciones» origen de este litigio con estos rasgos definitorios del precontrato, se percibe inmediatamente que en él no se encuentran los elementos que han de constar en la escritura de constitución de sociedad anónima exigidos expresamente por el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, por lo que faltan los elementos básicos del contrato proyectado por las partes, salvo que fuesen completados por nuevos acuerdos entre ellas, con lo cual nos salimos de la configuración general del precontrato que antes se ha hecho. El documento, en suma,

no sería más que un punto de partida para seguir negociando, no traza un contrato de sociedad anónima y no se puede pedir el otorgamiento de la escritura pública de constitución de tal sociedad, pues sería pedir una prestación de cumplimiento legal imposible porque el precepto citado lo impediría. Si se considerase que aquella construcción doctrinal del precontrato no abarca a todos los convenios que en el curso de una negociación contractual pueden alcanzarse, el resultado no sería distinto para la solución de este litigio. El «acuerdo de intenciones» al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima proyectada, sin que su libertad contractual para alcanzar acuerdos posteriores se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza. En fin, no otra solución se alcanzaría si se volviese a la antigua doctrina que vio en el precontrato una obligación de celebrar un contrato. Si los elementos básicos de éste no están determinados en aquél, no se ve la manera de eludir otro convenio sobre los mismos, ni hay razón para estimar derogada la autonomía de la voluntad en ese trance (perfeccionar el contrato o no).

Cuando no están determinados en el documento los elementos básicos del contrato proyectado, se está en el ámbito de la formación progresiva del contrato y no en el del precontrato. La autoridad judicial no puede sustituir una voluntad negocial inexistente o incompleta.—En realidad, cuando los elementos básicos del contrato proyectado no están determinados en el llamado precontrato, se está dentro del ámbito de la formación progresiva del primero, que no existe jurídicamente mientras. En tal ámbito, las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse obviamente el cumplimiento de lo que todavía no existe, y pueden desistir de sus tratos, que es lo que la sentencia recurrida da a entender que se produjo, al resaltar la abstención de las partes entre la firma del documento y la demanda (más de dos años) para llevar a cabo «sus intenciones». Aunque subsistiese la voluntad de cumplir con lo acordado en el documento (no es ésta la posición de los demandados), lo que no puede hacer la autoridad judicial es suplir lo que al «acuerdo de intenciones» le falta para que pudiese otorgarse escritura pública de constitución de sociedad anónima. No puede construir una voluntad negocial sobre elementos básicos de acuerdo con el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pues se extralimitaría en su papel de emisora de una declaración de voluntad ya formada sobre aquellos elementos, pero no para crearla. Por todas estas razones los motivos del recurso se desestiman. (STS de 3 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un señor había firmado junto con otros dos un documento que calificaron como «compromiso de intenciones», en el que los firmantes se comprometían a constituir una sociedad anónima para la explotación de una serie de naves industriales, y, en primer lugar, para la construcción por parte de uno de los socios, el demandante, en un solar propiedad de uno de los demandados. La obra y el suelo constituirían sus respectivas aportaciones a la proyectada sociedad. Tras algo más de dos años sin que se hubiera cumplido nada de lo proyectado en dicho documento, el aportante de la construcción demandó a los otros dos firmantes pidiendo el cumplimiento del contrato aludido y el otorgamiento de la escritura pública correspondiente a la constitución

de la sociedad anónima. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestimaron la demanda y el recurso, por estimar que el documento en cuestión no es precontrato. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

14. Cláusula de sumisión expresa impuesta al adherente en un contrato de publicidad. Carácter abusivo.—El TS considera, en el presente caso, que el contrato de publicidad es un contrato de adhesión. Con la aprobación de la Directiva comunitaria núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, que define y declara la ineficacia de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con los consumidores, ha surgido una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los adherentes interesados en la publicidad ofertada por la *Compañía Telefónica*, obligándoles a defenderse y litigar en los Tribunales de Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, al centralizar todas sus reclamaciones judiciales en los Tribunales de Madrid. Mantiene el TS que a este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la LGDCU. (STS de 27 de abril de 1998.)

HECHOS.—En junio de 1995 se suscribe un contrato de publicidad en las llamadas «Páginas Amarillas» entre la *Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.*, y la entidad *Academia Albia, S. L.* Posteriormente, en julio de 1996, la *Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.*, interpone demanda, ante los Tribunales de Madrid, contra la entidad *Academia Albia, S. L.*, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La parte demandada insta, ante los Tribunales de Bilbao, una cuestión de competencia por inhibitoria. El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid desestima la inhibitoria planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, dando lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.^a del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación añade una DA 1.^a a la LGDCU. El núm. 27 de la mencionada DA declara abusivas las cláusulas que contengan «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, ...».

Otra cuestión que nos planteamos es si la entidad *Academia Albia, S. L.*, puede ser considerada un consumidor. Si la respuesta fuera negativa, entonces parece que no sería aplicable la legislación que se recoge en la sentencia. (M. J. P. G.)

15. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores. Carácter abusivo. Nulidad.—El contrato de mantenimiento de ascensores es considerado un contrato de adhesión. Debido a la legislación comunitaria, en concreto, la Directiva núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, ha surgido una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 23 de septiembre de 1996), en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los consumidores que teniendo su domicilio en diversos lugares de la geografía española se ven obligados a litigar en Madrid, mientras que para la parte que ha impuesto dicha cláusula, al tener negocios en diversos lugares, supone una ventaja poder centralizar todos los asuntos judiciales en los Tribunales de Madrid. Afirma el TS que a idéntico criterio interpretativo se llega por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la LGDCU.

Cláusula abusiva. Ley de Condiciones Generales de la Contratación.—La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación realiza la transposición de la Directiva antes mencionada al Derecho interno español. Dicha Ley añade una DA 1.^a a la LGDCU. El núm. 27 de la mencionada DA declara abusivas las cláusulas que contengan «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, ...». (STS de 4 de mayo de 1998.)

HECHOS.—Se suscribe un contrato de mantenimiento de ascensores entre la entidad *Zardoya Otis, S. A.*, y la Comunidad de propietarios de un edificio sito en la localidad de Denia (Alicante). En el mencionado contrato existía una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid. La entidad *Zardoya Otis, S. A.* interpone demanda, ante los Tribunales de Madrid, contra la citada Comunidad de propietarios, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La parte demandada promueve, ante los Tribunales de Denia (Alicante), cuestión de competencia por inhibitoria, al entender ineficaz la cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid desestima el requerimiento por inhibitoria realizado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia (Alicante). Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.^a del TS.

El TS decide la cuestión de competencia territorial en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia (Alicante). (*M. J. P. G.*)

16. Contrato de crédito al consumo. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario. Validez.—Declara el TS que no puede calificarse como abusiva una cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario, pues beneficia a éste litigar en el lugar de su propio domicilio.

Cuestión de competencia por inhibitoria. Plazo para promoverla.—El TS (entre otras, STS de 17 de julio de 1996) afirma que el hecho de que uno de los

Tribunales, cuya competencia se discute, haya dictado sentencia, no es obstáculo para estimar la cuestión de competencia por inhibitoria en favor del otro órgano judicial, siempre que la parte interesada haya promovido en plazo hábil la inhibitoria [antes de que se dictase sentencia firme (art. 76 LEC)]. (STS de 20 de mayo de 1998.)

HECHOS.—Se celebra el 4 de abril de 1994 un contrato de crédito al consumo entre la entidad *Cofigasa* y don P. C. F. En las condiciones generales (que no están firmadas por nadie) de dicho contrato existe una cláusula por la que se establece la sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario (don P. C. F.).

Posteriormente, la entidad *Cofigasa* interpone demanda contra don P. C. F. ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, en reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín (Pontevedra), lugar del domicilio del prestatario, tramita una cuestión de competencia por inhibitoria, a solicitud del demandado, don P. C. F. El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid informa al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín que no ha cursado la inhibitoria planteada por haberse dictado ya sentencia. Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.^a del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín (Pontevedra).

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la presente sentencia se ocupa de un contrato de crédito al consumo anterior a la entrada en vigor de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Asimismo, debe recordarse que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación ha modificado la redacción del artículo 10 LGDCU. (M. J. P. G.)

17. La cláusula por la que las partes se someten a determinada jurisdicción es una cláusula de adhesión que contradice la regla instaurada por el artículo 62 LEC.—La solución a la cuestión de competencia depende de la significación y calificación que merezca la cláusula de «sumisión» contenida en la solicitud-contrato de la tarjeta «American Express» del Banco de Santander que, firmada por el Sr. V.N., constituye el documento fundamental de la reclamación formulada por dicha sociedad (documento núm. 1 presentado con la demanda de cognición), pues bien, el examen de ese documento evidencia por su formato y texto impreso que se trata de un típico contrato de adhesión y dentro de él figura un apartado o recuadro titulado *Resumen de condiciones contractuales*, en que se detallan, sin separación alguna, ni numeración que las distinguiese, una serie de estipulaciones o cláusulas, entre ellas (casi al final del resumen) la del siguiente tenor: «Las partes se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid, siendo la legislación aplicable la Ley Española», y, asimismo, se observa que el tipo de letra en que está redactado el recuadro del «Resumen» es de tamaño diminuto y más pequeño que el de los restantes apartados de la Tarjeta, hasta el punto que el repetido «Resumen» ofrece cierta dificultad en su lectura, y al respecto, no cabe duda que la reseñada cláusula sumisoria vino a contradecir la regla normal que, en materia de competencia, se preconiza en la del artículo 62 LEC: «En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la

obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento». También se observa que la Tarjeta, al parecer, fue firmada en la localidad de Villena.

A partir de la directiva de la CEE núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, hay que entender ineficaces las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. A tenor de dicha directiva es abusiva una cláusula no negociada individualmente que suponga para el consumidor obstáculos a la hora de ejercitar judicialmente sus derechos.—Es cierto que, en un primer momento, la jurisprudencia de la Sala, constituida, entre otras, por las SS de 31 de mayo de 1991, 18 de junio y 22 de julio de 1992 e, incluso, 29 de junio de 1995, se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmente, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio y 14 y 23 de septiembre de 1996, viniéndose a decir en las de 12 de julio y 23 de septiembre que: «En aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva de la CEE núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios. En el artículo 3 de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» y «El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición..., etc. Artículo 6. 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..., etc.».

El criterio ahora sustentado por la Sala viene anticipado por el artículo 10.c.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y no procede modificarlo.—Asimismo, en la S de 14 de septiembre se establecía que: «El criterio ahora sustentado por la Sala aparece anticipado en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y Usuarios (art. 10.c.3)», así como que: «Es llano que no procede modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1976, durante la 262 Reunión de los Delegados de los Ministros de la CEE, relativa a las “cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores”, resolución en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “creen ins-

trumentos adecuados jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos”». (STS de 30 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En el impreso de solicitud-contrato de una tarjeta de crédito, figuraba una cláusula de adhesión por la que las partes se sometían a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid. Ante el impago de una deuda con cargo a la tarjeta en cuestión, la sociedad a la que ésta pertenecía, reclama la cantidad correspondiente ante un Juzgado madrileño, pero el demandado interpone ante el Juzgado correspondiente a su domicilio cuestión de competencia por inhibitoria, que es finalmente resuelta por el TS en sentido afirmativo pues se considera abusiva la cláusula de adhesión que priva al demandado de su derecho al Juez correspondiente al lugar en el que debe cumplirse la obligación. (M. C. B.)

18. El principio *in illiquidis non fit mora* decae cuando con anterioridad a la resolución judicial, la cantidad adeudada ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. En estos casos, la sentencia es meramente declarativa del derecho a la indemnización y no constitutiva.—Sería hasta reiterativo demostrar el ya superado criterio literalista y omnicomprendivo del *in illiquidis non fit mora* que, en casos como el presente, decae cuando la suma de condena era ya debida desde el momento en que se constata la procedencia de la reclamación de su importe por el acreedor, siguiendo, entre otras, la S de 21 de marzo de 1994: «... las consecuencias del principio *in illiquidis non fit mora* ha sido ya materia de examen por esta Sala que en sentencias relativamente recientes ha atenuado el aparente automatismo aplicativo del expresado principio con la introducción de importantes matizaciones, en especial en relación con las deudas dinerarias. Ya, en efecto, la S de 5 de abril de 1992, señalaba en torno al alcance que debe darse al mencionado brocardo que «junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que, por regla general y salvo algunos supuestos, como pueden ser aquellos en los que las relaciones que unen a deudores y acreedores pueden ser calificados como de cuentas corrientes en los que sólo la fijación, en su caso judicial, del saldo, atribuye al acreedor derecho a su cobro, y si se quiere, aquellos otros en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, en los restantes debe subrayarse que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que, a través de la misma, no se hace sino declarar un derecho —bien sea real o bien de crédito— a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía

haberle sido atribuida al acreedor... »; en este sentido, habrá de admitirse el recurso.

En casación ha de estarse a los hechos declarados probados por las sentencias de instancia. El incumplimiento de los contratos es una cuestión fáctica, y para que se produzca no es precisa una voluntad deliberadamente rebelde, sino la mera frustración de las legítimas expectativas de las partes.—La Sala perfectamente distingue que los defectos relevantes a los fines de su reparación son los relativos en la decoración, según se razona en el FJ 8.º, de la sentencia, confirmada por la de segunda instancia, y es sabido que, en materia de cumplimiento de los contratos, prevalece el criterio de la Sala sentenciadora en los términos que en S de 9 de diciembre de 1997, se expone: «... Siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía; el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el núm. 4 del artículo 1692 LEC (tras la reforma de la Ley 10/92, de 30 de abril, como error de derecho en la apreciación de la prueba) pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985); se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala *a quo* auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado...». (STS de 20 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad demanda a otra por el impago de una serie de trabajos de reparación y conservación en un buque propiedad de la demandada. Ésta, a su vez, reconviene, solicitando que se declare incumplido el contrato suscrito, con la indemnización correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente ambos pedimentos, decisión que fue apelada por ambas partes y parcialmente revocada por la Audiencia Provincial. La demandada interpone el recurso de casación ante el TS. (M. C. B.)

19. El anatocismo no pactado (art. 1109 CC).—En la presente sentencia nuestro TS viene a afirmar que para que se puedan producir intereses sobre los intereses ya vencidos y no pagados es preciso un pacto de las partes en este sentido, no procediendo el anatocismo (contenido en el art. 1109 CC) cuando éste no se puede apoyar en los pactos contenidos en el documento (en el presente caso de reconocimiento de deuda), ya que no se trata de una práctica que deba reputarse de obligatoria realización por vía de la aplicación del artículo 1109 CC. (STS de 7 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Jaime A. J. T. promueve ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Barcelona demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar la suma de 7.167.236 pesetas (de las cuales 4.764.361 pesetas lo son en concepto de principal y 2.402.875 pesetas en concepto de intereses), incrementada con los intereses que se generen desde la presentación de la deman-

da hasta la fecha de la sentencia, según resulta de un reconocimiento de deuda contraído con el demandado.

Con fecha 28 de febrero de 1994, recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y desestima la reconvencción planteada por el demandado. El recurso de casación planteado por este último prosperó parcialmente en el sentido de condenar al demandado a que abone al actor en concepto de intereses la cantidad de 2.084.407 pesetas más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—El anatocismo se presenta como la conversión de una deuda de intereses no pagados en una deuda de capital que genera a su vez nuevos intereses. En este sentido el artículo 1109 CC, siguiendo lo previsto en el artículo 1108 CC para las obligaciones pecuniarias, dispone que «los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto». El fundamento de esta conversión hay que buscarlo en la cierta independencia que goza la obligación de pagar intereses respecto de la principal a la que se encuentra genéticamente unida. Sin embargo, esta independencia no puede ser entendida en el sentido de que la obligación de pagar intereses pueda quedar al margen de lo que son las reglas generales aplicables al resto de las obligaciones pecuniarias, que exigen un título para devengar intereses. De esta forma, como bien ha interpretado nuestro TS en la presente sentencia, cuando las partes han pactado tan sólo un tipo de interés a devengar sobre una cantidad determinada, debemos entender que se trata de un tipo de interés (retributivo), sobre el que sólo cabe devengar nuevos intereses cuando las partes así lo han acordado expresamente en el contrato o bien desde que son judicialmente reclamados, como ocurre en el presente caso. La única particularidad relevante que presenta el anatocismo respecto de los llamados intereses moratorios del artículo 1108 CC es que el interés del interés vencido sólo se debe desde que este último es reclamado judicialmente y no extrajudicialmente, como ocurre con los intereses moratorios. La razón de esta particularidad hay que verla, además de en la protección del deudor respecto del conocimiento de la carga de su deuda, en el hecho de que la sentencia, al liquidar judicialmente los intereses, hace que éstos pierdan la cualidad de tales y que ellos mismos formen un capital sobre el que devengar intereses. La retroactividad de la capitalización efectuada al momento de la demanda se debe al conocido principio procesal según el cual el tiempo de la *litis* no debe devenir en daño del vencedor. (V. M. L.)

20. Acción pauliana: artículo 1111 CC. Requisitos.—En la presente sentencia nuestro TS interpreta el significado y requisitos de la acción pauliana o revocatoria. De esta forma afirma que dicha acción tiene por objeto, a través de ciertas anulaciones de determinados negocios jurídicos, el asegurar el cumplimiento de las obligaciones, siempre que el mismo se haya eludido por actuaciones fraudulentas del deudor con la colaboración de terceras personas, que por ello deben entrar en el campo jurídico de dicha acción de origen romano. Los requisitos *sine qua non* exigidos para el éxito de la acción pauliana o revocatoria

están establecidos en los artículos 1111, 1291-3 y 1294 CC, y están constituidos por el carácter subsidiario de dicha acción y por la existencia de un fraude de acreedores o fraude en el derecho de los mismos (conforme reconoce la STS de 16 de marzo de 1989).

Ahora bien, también es doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS de 28 de junio de 1912, 22 de octubre de 1931, 31 de marzo de 1965, 17 de marzo de 1972, 30 de enero de 1986, 16 de marzo de 1989 y 13 de febrero de 1992, entre otras), la que determina que tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia del Tribunal de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación. (STS de 14 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a través de juicio de menor cuantía, solicita que se declare la rescisión de ciertos contratos de compraventa celebrados por los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y declara no haber lugar a la rescisión de los contratos celebrados. La Audiencia Provincial en S de 5 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación presentado por el *Banco C. H.* Igual suerte corrió el recurso de casación ante el TS. (V. M. L.)

21. Cesión del contrato inconstituida.—La figura jurídica de la cesión de contrato, tiene acogida en el artículo 1255 CC en relación al 1091 y ocasiona que al tercero, que se incorpora a la relación creada, se le van a atribuir los efectos y consecuencias del contrato objeto cedido, quedando el cedente —que asume posición de parte intermedia— desligado del negocio, al ocupar el cesionario subrogado su lugar, exigiéndose la necesaria concurrencia consensual de los interesados, por ser determinante de la eficacia de la transmisión (SS de 4 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994). Esta convergencia de voluntades no se ha producido en el supuesto que nos ocupa, al faltar el consentimiento de los vendedores demandados, que quedaron marginados, por lo que conservaron intactos sus derechos frente a la sociedad compradora, que continúa integrada en la compraventa llevada a cabo, con todos sus efectos y consecuencias.

Resolución del contrato de compraventa: artículos 1124 y 1504 CC.—Conforme reiterada jurisprudencia (SS de 6 de noviembre de 1991, 1 de junio de 1992, 26 de octubre de 1995 y 7 de noviembre de 1996, entre otras muchas) la resolución del contrato está suficientemente probada y hace aplicable el artículo 1124 en relación al 1504 CC, cuando se incurre en un incumplimiento voluntario del contrato al no haber satisfecho injustificadamente el precio que se aplazó y que se deja reseñado, con lo que se frustró el contrato en perjuicio de la parte vendedora. Para los supuestos de resolución, el artículo 1124 CC autoriza acción indemnizatoria de resarcimiento de daños y perjuicios, que los recurrentes concretan en el presente caso en los cuatro millones de pesetas recibidos en el momento de la celebración del contrato. Pero conviene tener en cuenta a estos efectos que cuando la compraventa celebrada no produjo desplazamiento de la posesión de la finca a favor de los compradores, ni el propio contrato prevé las consecuencias del incumplimiento y además faltan pruebas suficientes sobre la realidad de los daños y perjuicios reclamados, se impone la conclusión decisoria de que la vendedora debe devolver la cantidad recibida (4.000.000 de pesetas), puesto «que no actuaron precisamente como arras confirmatorias —*rectius*, arras

penitenciales o de desistimiento— (art. 1454 CC), integrados en el precio de la venta, ya que el término señal cabe ser interpretado como anticipo o parte del precio del contrato (SS de 31 de julio y 28 de septiembre de 1992, 28 de marzo y 17 de octubre de 1996)». (STS de 19 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado de fecha 12 de enero de 1990 se celebró contrato de compraventa sobre solar y obra de nueva creación entre las partes de este pleito. La compradora (*Inverlar, S. L.*) entregó a su firma 4.000.000 de pesetas, que fueron recibidos por la vendedora como señal y parte del pago del precio, debiendo satisfacer el resto de la parte adeudada (18.000.000 de pesetas) antes del 15 de junio de 1990. Ante el impago de esta cantidad en la fecha señalada, la vendedora practicó requerimiento notarial el 28 de junio de 1990 por medio del cual dio por resuelto el contrato.

La compradora (*Inverlar, S. L.*) incoó juicio declarativo de menor cuantía frente a la parte vendedora solicitando la resolución del contrato de compraventa celebrado el 12 de enero de 1990; la devolución por parte de los demandados de los 4 millones de pesetas más sus intereses legales; y otros daños y perjuicios que se fijan en ejecución de sentencia. Los demandados a su vez reconvenían solicitando que se dicte sentencia declarando resuelto el contrato de venta el día 28 de junio de 1990 por falta de pago de la entidad compradora; y su derecho a retener la cantidad entregada como señal y parte del pago. Resulta relevante también al caso, según se recoge en la propia demanda, el hecho de que la mercantil *Inverlar, S. L.*, había cedido los derechos de compra del solar celebrado con los demandados a favor de un tercero el 16 de febrero de 1990, quien no fue parte en el pleito.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando en parte la reconvencción y en parte la demanda, declara resuelto el contrato de compraventa de fecha 12 de enero de 1990 y condena a los demandados a devolver los 4 millones de pesetas recibidos a su firma. La Audiencia Provincial de Córdoba, estimando la excepción de falta de legitimación activa formulada por los demandados, los absuelve y desestima a su vez la reconvencción formulada por éstos. El TS declara haber lugar al recurso de casación formalizado por la mercantil *Inverlar, S. L.*, y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el sentido de declarar que dicha entidad está asistida de legitimación activa necesaria y declara resuelta la compraventa llevada a cabo en documento privado de 12 de enero de 1990, debiendo hacer devolución los demandados de los 4.000.000 de pesetas recibidos. (*V. M. L.*)

22. Saneamiento por evicción.—Para que proceda la evicción contra el vendedor es preciso que haya recaído sentencia firme que le prive de la cosa, y aquí la única sentencia firme que existe es la pronunciada en el interdicto de obra nueva promovido por la comunidad de propietarios contra los recurrentes, que no les impide a éstos demandar a la comunidad en proceso declarativo para obtener el reconocimiento de su pretendido derecho a la ampliación de la terraza del apartamento comprado. La STS de 4 de marzo de 1996 señaló que la privación de un derecho anterior a que se refiere el artículo 1475 CC no comprende la posesión que pueda perderse en virtud de interdicto, juicio que permite dilucidar, en otro posterior, el derecho de propiedad y si esto es así tratándose de un interdicto

posesorio por el que el tercero recobra la cosa (que fue vendida al vencido en el interdicto), con mucha más razón lo es en un caso como el litigioso, en el que el interdicto fue de obra nueva para impedir que el comprador ampliara la terraza de la vivienda que había adquirido, para lo cual se consideraba facultado por el contrato de compraventa de la vivienda. No hay ninguna pérdida de la cosa adquirida, sino obstáculo además puesto por la comunidad de propietarios al ejercicio del derecho que cree pertenecerle, obstáculo además que no es definitivo mientras que no exista sentencia firme dictada en el juicio declarativo pertinente. Mientras, el comprador no puede accionar de evicción contra el vendedor por pérdida de la cosa, pues no existe. (STS de 8 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. B. G. C. y su esposo don J. L. V. V. vendieron por escritura pública una vivienda el 4 de enero de 1990 a don A. L. A. En documento privado de la misma fecha, los vendedores hacían constar que la vivienda se entendía transmitida *con el permiso de apertura de terraza que en su día otorgó la comunidad de propietarios*; que ellos habían iniciado las obras, paralizándolas por falta de medios económicos; que el Ayuntamiento había autorizado la realización de las mismas; y que cedían la licencia municipal al comprador, obtenida para obras *de ampliación de terrazas, azulejar baño y cocina y derribo de tabiques*. La comunidad de propietarios del edificio en que se ubica la vivienda comprada interpuso interdicto de obra nueva contra los vendedores y el comprador, alegando que éste intentaba aprovecharse del tejado que cubre el edificio, previa destrucción del mismo y construcción de una terraza. El Juzgado de Primera Instancia, en S de 13 de marzo de 1991, dio lugar al interdicto de obra nueva, ratificando la suspensión de la obra. El comprador formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de los de San Sebastián, sobre rescisión contractual y acción de saneamiento, que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial (Sección 2.^a) de San Sebastián admitió parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

23. Venta en garantía (*fiducia cum creditore*).—El TS afirma que este negocio tiene por finalidad que el acreedor ostente frente a terceros la propiedad de las cosas, apartándolas del patrimonio del deudor, para garantizar así el cobro de la deuda.

Procedimiento para hacer efectiva la garantía.—Señala el TS que en la transmisión de la propiedad con fines de garantía, ante la falta de todo convenio de las partes sobre la realización de los bienes, el acreedor ni puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición de pacto comisorio, ni puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito, sino que debe acudir a las normas de procedimiento legalmente establecidas que son derecho imperativo. Es por ello por lo que el TS afirma que el acreedor no está autorizado, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, cuando nada se ha pactado por las partes, a proceder unilateralmente a la venta en subasta notarial de los bienes objeto de la garantía. Niega el TS que el artículo 1872 CC resulte aplicable en este tipo de supuestos. (STS de 13 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don L. A. A. en garantía de una deuda contraída frente a la *Caja Rural de Bonanza, Entidad Cooperativa de Crédito* (posteriormente denominada *Caja Rural del Mediterráneo y Caja de Aho-*

ros de Murcia) transmitió a ésta la propiedad de una finca rústica; con la misma finalidad de garantía entregó a la mencionada entidad de crédito unas joyas. Al no satisfacer don L. A. A. su deuda, la citada entidad de crédito procedió a enajenar en subasta pública ante notario los mencionados bienes.

Posteriormente, don L. A. A. interpuso demanda, entre otros, contra la *Caja Rural del Mediterráneo*, suplicando, entre otras cosas, que se declarase nula la subasta de los bienes, así como la declaración de nulidad de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

24. Donación. Perfección. Contradicción entre los artículos 623 y 629 CC.—

La jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente como *thema decidendi* específico y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la *perfección* de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su *obligación y eficacia*, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario (como señalan las SS 16 de abril de 1910, 8 de abril de 1926, 22 de enero de 1930, 1 de diciembre de 1948, 1 de diciembre de 1964 y la de 6 de abril de 1979). En trance de decir e interpretar casacionalmente la cuestión suscitada, la Sala parte de que la donación surge a la vida jurídica por consecuencia de un acto de liberalidad unilateral de quien la otorga (art. 618), aunque en su dinámica se someta a la normativa que disciplina las relaciones contractuales (art. 621 CC).

Con referencia al caso que nos ocupa, el TS entiende que *debe prevalecer el artículo 629*, ya que la sentencia recurrida sienta como hecho probado firme que los padres (donantes) llegaron a tener noticia de que la donataria había aceptado la donación que le habían efectuado. Ello no obstante, sigue su argumentación jurídica la Sala, justificando la prevalencia de este precepto sobre el artículo 623. Para ello atiende, en primer lugar, a los *antecedentes históricos*, que así lo ponen de manifiesto. El Anteproyecto del Código civil y Proyecto de 1851, como la primera edición —art. 623—, refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo «irrevocable» por el verbo transitivo «perfecciona». Por ello la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito y al que se pone fin cuando el donatario expresa y transmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Esta posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento, ya que la facultad revocatoria no se transmite a los herederos y por tanto éstos carecen de legitimación para dejarla sin efecto y con ello contradecir la voluntad de los otorgantes. Por todo lo cual ha de prevalecer y respetarse la voluntad decidida y nunca desistida de los progenitores de beneficiar por partes iguales a sus cuatro hijos con la donación de la finca que llevaron a cabo.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta –sigue la Sala– que «*la donación controvertida* no se trata de obligacional, sino efectuada como *traslativa de la propiedad* y así se hace constar en la escritura de 17 de junio de 1983, en la que los donantes ceden la nuda propiedad del inmueble, que hacen suyo los cuatro hijos beneficiados por cuartas partes indivisas, por lo cual resulta concurrente, de modo bien expresado, la voluntad de transmitir y la de adquirir generada por la aceptación de los destinatarios del bien transferido, que ingresó de este modo en el patrimonio de los mismos, con lo cual los donantes quedaron vinculados y el acto jurídico de donar resulta plenamente eficaz por la cesión patrimonial llevada a cabo a medio de la escritura pública en la que consta».

En tercer lugar, una interpretación de las normas ajustada a lo dispuesto en el artículo 3.1 CC favorece al donatario y hace respetar la voluntad de igualdad del donante respecto a los donatarios (sus hijos), que persistió durante toda su vida. Entenderlo de otra manera podría desencadenar una situación de posible abuso de derecho: la aplicación férrea del artículo 623, cuando el donador adopta una postura rehuyente, o impeditiva u obstativa al recibir la aceptación del donatario, y al no sentirse obligado le facilitaría la disponibilidad de los bienes objeto de la donación que libremente instauró. (STS de 17 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes mediante, escritura notarial de fecha 17 de junio de 1983, hicieron donación, pura, simple y gratuita, de la nuda propiedad de un trozo de terreno, con vivienda familiar construida, ubicado en la parroquia de Somió (Gijón), a favor del actor, don Marcelino y sus tres hermanas, doña Carmen, doña Josefa y doña Ángela, por cuartas partes indivisas. Doña Carmen, parte demandada, aceptó la donación en escritura otorgada el 19 de julio de 1983. Cuatro años después, esto es, el 10 de agosto de 1987, falleció el padre de los litigantes y el 28 de marzo de 1992 lo hizo la madre.

Don Marcelino formalizó juicio declarativo de menor cuantía, solicitando la declaración de inexistencia o nulidad de la donación hecha por sus padres a su hermana Carmen y de cuantas inscripciones se hubieran practicado como consecuencia de dicha donación, en base a que ella no comunicó a sus progenitores la aceptación de la donación efectuada en la escritura de 19 de julio de 1983, con lo que no se cumplió la exigencia que establece el artículo 623 CC para que la donación pueda tenerse por perfeccionada. La demandada, además de oponerse a la demanda, planteó reconvencción solicitando una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia de Gijón desestimó la demanda y la reconvencción formulada. La Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (V. M. L.)

25. Donación inoficiosa si perjudica la legítima estricta de los herederos. Extralimitación del auto de ejecución por basarse en la legítima amplia.—La declaración de inoficiosidad de la donación por perjudicar a la legítima amplia de los herederos, realizada en ejecución de sentencia por la Audiencia Provincial, se considera una extralimitación del órgano judicial que ejecuta la sentencia, pues en ésta se disponía que la donación se consideraría inoficiosa sólo si afectaba a la legítima estricta de los herederos.

Ejecución de sentencia. Contradicción con lo ejecutoriado.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 26 de octubre de 1987, 24 de febrero de 1989 y 4 de diciembre de 1992) afirma que existirá extralimitación o contradicción con lo ejecutoriado, con evidente exceso en las actividades ejecutivas realizadas para el cumplimiento, cuando se decida sobre extremos que no sean consecuencia natural, lógica e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio, o no se produzcan los efectos propios de la sentencia; asimismo, señala (SSTS de 23 de octubre de 1967, 27 de febrero de 1971, 11 de marzo de 1972 y 17 de abril de 1979) que el juzgador que ejecuta el fallo no se extralimita cuando esclarece dudas, salva antítesis u obtiene todas las consecuencias de las premisas sentadas. (STS de 25 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda sobre declaración de nulidad de compraventa, se declara la inexistencia del contrato de compraventa por simulación y la existencia de una donación de los que aparecían como vendedores en favor de los supuestos compradores, ordenándose la anulación de dicha donación para el caso de que, en ejecución de sentencia, resulte inoficiosa por perjudicar a la legítima estricta de las demandantes.

En fase de ejecución de sentencia, el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto, acordó no anular la donación por no ser inoficiosa, al no perjudicar los derechos hereditarios de las demandantes. Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto judicial, la Audiencia Provincial lo estimó, declarando inoficiosa la donación por vulnerar la legítima amplia de los herederos. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, casando la resolución de la Audiencia Provincial y confirmando el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia. (M. J. P. G.)

26. Requisitos para que se produzca la compensación judicial.—La pretendida compensación no procede, según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 20 de junio y 16 de noviembre de 1993, 1 de febrero y 15 de junio de 1995), ya que sólo tiene lugar y actúa como forma de pago abreviado por retorno y reciprocidad (S de 26 de noviembre de 1991), cuando se da efectiva y, a ser posible, expedita concurrencia de créditos-deudas a favor de las partes relacionadas, que han de tener condición de principales, aunque en la compensación judicial no se precise que las deudas compensadas sean líquidas y exigibles en el momento de plantear el litigio, pero sí resulta imprescindible la realidad del crédito de los recurrentes frente a la actora y, a su vez, que la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes asimismo duales, por lo que opera cuando concurren créditos y títulos recíprocos, lo que aquí no sucede. El motivo peca, ya que la única compensación que procede es la correspondiente a la fianza retenida, que como queda dicho, la sentencia que se combate tuvo en cuenta, al atribuirle condición de crédito efectivamente compensable.

Cláusula penal con función liquidatoria. Moderación de la pena por los tribunales. Indemnización por posesión injustificada.—El artículo 1152 CC autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS de 28 de junio de 1991, 7 de marzo de 1992, 12 de abril de 1993 y 12 de

diciembre de 1996), lo que aquí ha tenido lugar. El Tribunal de instancia hizo uso de la moderación equitativa que autoriza el artículo 1154 CC, sin dejar en el olvido, como ya quedó dicho, que los recurrentes han venido comercializando el negocio más allá del tiempo de duración del arriendo, en contra de la voluntad de la arrendadora (S de 16 de noviembre de 1992). En estos supuestos surge la obligación de indemnizar por posesión injustificada (art. 1561 CC), conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada para estos casos sobre prolongación indebida del uso posesorio (SS de 24 de mayo de 1993 y 30 de diciembre de 1995).

Interpretación literal del contrato y por los actos coetáneos y posteriores.—La literalidad clara, reiterativa y constante del contrato arrendaticio suscrito se impone por aplicación del artículo 1281-1.º CC y determina que efectivamente lo que se arrendó fue la industria de café-bar con el local donde se desarrolló tal actividad negocial. A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC), ya que el vencimiento del contrato se pactó para el 15 de octubre de 1986, sin necesidad de aviso ni de requerimiento alguno a cargo de la parte arrendadora, y la continuidad contractual tuvo lugar en virtud de las prórrogas anuales pactadas, que figuran incorporadas al texto del documento, por lo que no se trataba de situación de prórroga forzosa y hace inaplicable el artículo 57 LAU de 1964, entonces vigente.

Diferencia entre arrendamiento de industria y arrendamiento de local de negocio.—La jurisprudencia mantenida de esta Sala de casación civil viene proclamando que los arrendos de locales para negocio se diferencian de los propios de industria, en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmobiliario, en cambio, en los segundos (arrendamientos negociales), el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora; por un lado, el local, como soporte material, y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial autónomo, sin que sea preciso que el arrendador aporte necesariamente todos los enseres y menajes para la comercialización de la actividad negocial a desarrollar, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario, incluso ser sustituidos, sin que ello afecte a la calificación y naturaleza del contrato como de locación industrial (SS de 20 de septiembre de 1991, 19 de mayo de 1992, 17 de abril y 10 de mayo de 1993 y 22 de noviembre de 1994).

Efectos de la cosa juzgada en juicio de desahucio.—La cosa juzgada, aparte del efecto negativo o preclusivo, genera otro positivo (vinculante prejudicial), que actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior una cuestión o tema litigioso de manera distinta o contraria como fue resuelto en pleito contradictorio precedente (SS de 26 de febrero de 1990, 21 de marzo y 20 de septiembre de 1996).

Con respecto a los juicios de desahucio la jurisprudencia ha admitido los efectos de la cosa juzgada en otro litigio declarativo, pues si bien en un principio y dada la naturaleza sumaria de aquellos procesos especiales, no pueden producir efectos de cosa juzgada, no es menos cierto que, conforme doctrina consolidada, la eficacia de la referida excepción se tiene en cuenta cuando la cuestión litigiosa actual viene a coincidir con lo que ya fue objeto de discusión entre las mismas partes y alcanzó resolución judicial firme (SS de 28 de febrero de 1991, 27 de noviembre de 1992 y 16 de junio de 1994). (STS de 8 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El antiguo arrendador de una industria destinada a café-bar reclamó al ex-arrendatario el pago de las rentas correspon-

dientes a los meses en que éste indebidamente continuó ocupando la industria hasta el lanzamiento definitivo, después de que se resolviera judicialmente el contrato por expiración del plazo contractual. También reclamaba el demandante el pago de una indemnización contemplada en la cláusula penal del contrato de arrendamiento, así como el abono del valor de determinados bienes y enseres de la industria que no fueron recuperados, con deducción del importe de la fianza arrendaticia. Se opuso el demandado alegando que se trataba de un arrendamiento de local de negocio, con derecho de prórroga forzosa, solicitando en reconvencción la rehabilitación del arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia admitió sustancialmente la demanda y rechazó la reconvencción. La Audiencia Provincial y el TS confirmaron dicho pronunciamiento. (L. F. R. S.)

27. La cláusula impugnada cumple una función «tranquilizadora» de los subarrendatarios, pero no plantea un problema de interpretación literal de un contrato, sino que encubre un pacto en perjuicio de terceros.—El contenido de dicha cláusula que, de acuerdo con su tenor literal, el que propicia la recurrente no significa prácticamente nada, pues lo que afirma es que se podrán establecer nuevos acuerdos con los subarrendatarios en condiciones económicas aceptables (esto es, una cláusula inútil), cumple, sin embargo, una función «tranquilizadora» o de «apaciguamiento» cara a aquéllos, haciéndoles ver la posibilidad de un entendimiento con el propietario, tras el reconocimiento en favor de los arrendadores «como compensación por la resolución pactada» de la cantidad de sesenta y cinco millones de pesetas (65.000.000) y previa manifestación de conocimiento sobre los contratos de subarriendo existentes, realizados porque los arrendadores estaban facultados para ello y para establecer todas sus cláusulas. Así pues, no se plantea, en absoluto, un problema de interpretación literal de un contrato, sino las razones que encubren unos pactos en su conjunto lícitos, junto a otros que permiten la catalogación que efectúa la sentencia respecto de los acuerdos «en perjuicio de terceros». Por ello, el motivo sucumbe.

El propietario no es ajeno al incumplimiento del contrato de subarriendo por parte del arrendatario-subarrendador cuando conocía y consentía el subarriendo y cuando pactó con aquél la extinción de su derecho en perjuicio de los terceros subarrendatarios.—En efecto, la doctrina y la jurisprudencia siguen reconociendo excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato, entre otras, el supuesto en que al celebrar un contrato y por causa de su celebración los contratantes originen un daño a un tercero, o sea, a un no contratante, cuando tal daño se concreta, como ocurre en el caso, en la lesión de derechos subjetivos concretos como eran los dimanantes de las limitaciones a que se sujetaba el arrendador, en concreto, para la ejecución del derecho del propietario. La responsabilidad civil del arrendatario-subarrendador está en función del incumplimiento del contrato, con el subarrendatario, al establecer al margen pactos que le benefician, pero sin tomar en cuenta los perjuicios que origina al menoscabar el tenor de las obligaciones asumidas. Responde, pues, en razón de lo dispuesto en el artículo 1101 CC. El propietario arrendador no respondería si fuera desconocedor de la situación perjudicial que se origina a los subarrendatarios, pero cuando, como ocurre en el presente caso, tal situación es conocida, incluso se establecen cláusulas «apaciguadoras» como la ya reseñada, también responde solidariamente de los daños, sea por extensión de los efectos del artículo 1101 CC. sea como mantiene un sector

doctrinal *ex* artículo 1902 CC. En suma, los motivos examinados perecen. (STS de 14 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad propietaria de unos locales pacta con los arrendatarios de los mismos, que a su vez habían procedido a subarrendarlos, la renuncia por parte de estos últimos al contrato de arrendamiento a cambio de una cuantiosa indemnización. Los subarrendatarios, que ven cómo se extingue su derecho sin que se haya contado con ellos, impugnan el acuerdo entre las partes anteriormente mencionadas demandándolas solidariamente y solicitando la nulidad de la renuncia por haberse hecho en perjuicio de terceros; subsidiariamente que se reconociera la confusión en la persona de la propietaria de las condiciones de arrendador y arrendatario y, para el caso de no estimarse ninguno de estos pedimentos, se solicitaba la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados para los subarrendatarios de la extinción de su derecho. La demanda es desestimada en primera instancia y parcialmente revocada por la Audiencia Provincial en apelación. La sociedad propietaria de los locales interpone el recurso de casación que es desestimado. (M. C. B.)

28. Cuando no es posible individualizar las respectivas cuotas indemnizatorias, el modo de proporcionar efectiva tutela judicial es la condena solidaria al pago de las indemnizaciones.—El motivo primero del recurso interpuesto por la representación de la empresa *Construcción Santa Cruz y Centro Parque, S. A.*, por el cauce del núm. 4 del artículo 1692 LEC, denuncia infracción del artículo 1591 CC y jurisprudencia que lo interpreta, sosteniendo en el cuerpo del motivo que la jurisprudencia sólo aplica la solidaridad de la condena cuando no sea posible individualizar las respectivas cuotas, y seguidamente analiza todas las pruebas practicadas para obtener la subjetiva conclusión de que cabe la individualización. El motivo se desestima, porque siendo cierto el contenido de la jurisprudencia invocada, ella es inaplicable al caso, en el que paladinamente se ha declarado que no cabe singularizar el grado de contribución a los daños, y en consecuencia, la condena solidaria es el medio de dar tutela judicial efectiva, según constante criterio de la Sala absolutamente conocido.

La prueba pericial se realiza según las reglas de la sana crítica y su apreciación corresponde al órgano jurisdiccional de instancia.—El motivo segundo cae por su base sólo con recordar que la prueba pericial se aprecia según reglas de la sana crítica, que no constan en ninguna norma escrita, la apreciación la efectúa el órgano jurisdiccional de instancia siendo su criterio prevalente, salvo que se demuestre que es ilógico, arbitrario o absurdo, defectos de los que no adolece la sentencia, pues las conclusiones son la natural consecuencia de los hechos probados. No cabe por ello admitir que se hayan violado los artículos 632 LEC y 1243 CC, que son los apoyos del motivo.

El presidente de la Comunidad, que la representa en juicio y fuera de él, representa también a los comuneros, cuando éstos le autorizan para defender sus intereses.—Reiteradísima jurisprudencia acepta que el presidente, que representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los temas que le afectan, representa también a los comuneros, cuando éstos en Junta le autorizan para defender cuestiones que afectan además a propietarios individuales (SS de 1 y 14 de julio de 1989, 29 de mayo de 1984 y 4 de noviembre de 1992).

En casación no cabe alterar la apreciación de la prueba ni la base fáctica del fallo impugnado.—En casación no cabe apreciar de nuevo las pruebas, ni alterar hechos no impugnados por vía hábil (infracción de ley valorativa de prueba), por ello, la consecuencia es el rechazo del motivo y mantener la solidaridad de la condena a todos los causantes del daño constructivo, cuya delimitación no se ha podido practicar y cuya decisión no conculca los preceptos invocados. (STS de 2 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La representación legal de una comunidad de propietarios interpuso demanda contra las diversas sociedades constructoras de sus viviendas y los arquitectos implicados en las obras, reclamando la reparación de los graves desperfectos que éstas sufrían, o su realización a costa de los demandados. Tanto la sentencia de instancia como la posterior de apelación fueron conformes de toda conformidad y estimaron íntegramente las peticiones de la comunidad de propietarios. Los demandados interpusieron sendos recursos de casación, que son desestimados por el T S. (M. C. B.)

29. No es incongruente conceder menos de lo pedido.—Es doctrina reiterada que no supone incongruencia la concesión de menos de lo pedido, ya que ello supone, simplemente, una estimación parcial de la demanda.

El incumplimiento por parte de la dueña de la obra de las obligaciones que le correspondían a tenor del contrato le priva de poder demandar la resolución del mismo, cuando no ha habido previo incumplimiento por la otra parte. Las cantidades adeudadas por el cumplimiento del contrato habrían de pagarse aun en el caso de declararse la resolución.—Declarado por la sentencia recurrida que la sociedad comitente incumplió su obligación de pago del precio de la obra ejecutada, lo cual fue reconocido por ella al ofrecer a la constructora como liquidación del precio adeudado, en acta notarial de 26 de septiembre de 1990, la cantidad de 11.111.836 pesetas, sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada, es claro que tal situación de incumplimiento por la sociedad dueña de la obra respecto a su principal obligación de pago del precio, le privaba, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, de la facultad de instar la resolución del contrato no estando probado que ese incumplimiento obedeciese a un previo y principal incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, por lo que procede desestimar el motivo, al igual que ha de serlo el segundo en que, por el mismo cauce procesal, se alega infracción del artículo 1599, en relación con los artículos 1161 y 1166, todos del CC; aparte de no ser aplicables al caso los dos últimos artículos del Código civil, no se da la infracción denunciada; acreditada la ejecución de la obra en los términos que recoge la sentencia recurrida, viene el dueño de la misma obligado al pago de la obra ejecutada y ello aun en el supuesto de que se hubiese dado lugar a la resolución del contrato postulada por la ahora recurrente.

Las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato impiden que se ejercite la *exceptio non adimpleti contractus* cuando los defectos de la obra no sean de suficiente entidad para hacerla insatisfactoria para el comitente, y puedan subsanarse mediante su reparación o ser objeto de indemnización. Igualmente contraría la buena fe permitir al comitente retener el pago cuando ello no trae causa de los defectos habidos en la obra.—En el motivo tercero, por igual cauce procesal que los anteriores, se alega infracción de la doctrina legal y jurisprudencial (*sic*) que aplica tanto la *exceptio non adim-*

pleti contractus como la *non rite adimpleti contractus*, citándose varias resoluciones de esta Sala, todo ello en relación, se dice, con el artículo 1591 CC. Aparte la inaplicabilidad al caso del artículo 1591 CC al no ser objeto de este litigio acción alguna para exigir la responsabilidad decenal en aquél regulada, el motivo no puede prosperar. Como dice la S de 13 de mayo de 1985 «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la finalidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 CC y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio –SS de 21 de noviembre de 1971, 15 de enero de 1975, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979–». Esta última solución es la acogida por la sentencia *a quo* al valorar la importancia y entidad del incumplimiento imputado al contratista que declara no es de suficiente entidad como para estimar que el interés del comitente queda totalmente insatisfecho, valoración que es compartida por esta Sala y que impide la resolución del contrato, vedada, además, por el incumplimiento por el dueño de su principal obligación de pago, como se ha dicho más arriba; igualmente sería contrario a las reglas de la buena fe contractual a que se refiere el artículo 1258 CC permitir al comitente retener el precio de la obra ejecutada por la existencia de defectos en ella de insuficiente entidad cuando esa falta de pago no trae causa en tales defectos sino que supone un reiterado incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada, como ocurre en este caso.

Los preceptos en que se basan los motivos de casación deben citarse concretamente, sin que sea admisible aludir a ellos genéricamente.—Es doctrina reiterada de esta Sala la inadmisibilidad de citar en un motivo de casación los preceptos que se consideran infringidos con fórmulas tales como la aquí utilizada, «el artículo 1585 y ss. CC», por no ser función de la Sala el indagar cuál de esos artículos aludidos en bloque es el conculcado por la sentencia recurrida, sino que ha de ser la parte quien cite concretamente cada una de las normas o artículos de las mismas que considere ignorados, en uno u otro sentido, por la Sala *a quo*.

El pago al arquitecto realizado por la sociedad contratista no es un caso de cobro de lo indebido, sino de pago por tercero, ya que estos honorarios son de cuenta del comitente.—Por otra parte, no son aplicables al caso los artículos 1895 y ss. CC que se citan, ya que no nos encontramos ante un supuesto de cobro de lo indebido sino de pago por un tercero, previsto en el artículo 1158 CC; declarado probado que la sociedad contratista abonó al arquitecto sus honorarios nacidos del contrato de arrendamiento de servicios o de obra que le ligaba con la sociedad comitente, aquélla se encuentra legitimada para reclamar frente al verdadero deudor esas cantidades a cuyo pago éste ha sido condenado, tal reclamación surge de la obligación que la Ley fiscal impone al contratista, como se reconoce en la S de 9 de abril de 1992 que cita la de instancia. Por todo ello, procede la desestimación del motivo. (STS de 12 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad contratista de unas obras demanda a la sociedad comitente solicitándole el pago de las obras realizadas y la

indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento de la demandada le ha ocasionado. La sociedad demandada interpone entonces demanda de resolución del contrato de obras, a lo que la contratista responde con una reconvencción en la que solicita se reconozca que la comitente desistió unilateral y voluntariamente del contrato en cuestión. La sentencia del Juzgado ante el que se sustanciaron los autos acumulados estimó parcialmente ambas demandas y desestimó la reconvencción, pronunciamiento que fue revocado por la sentencia de apelación, que estimaba parcialmente la demanda de la contratista y desestimaba tanto la de la comitente, como la reconvencción. Ambas partes interpusieron recursos de casación que se deciden en sentido negativo en esta sentencia del TS. (*M. C. B.*)

30. Responsabilidad contractual del promotor de un edificio. Compatibilidad con la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—El TS (SSTS de 13 de julio de 1987, 1 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 21 de marzo y 24 de septiembre de 1996) afirma que el promotor, al margen de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, responde contractualmente, por la vía del artículo 1101 CC, del incumplimiento del contrato de compraventa, al no ser la cosa apta por los vicios de la construcción, para la finalidad con que es adquirida. (**STS de 8 de junio de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios de un edificio interpone demanda contra los constructores-promotores, el arquitecto y el aparejador de dicho edificio, suplicando, entre otras cosas, la declaración de que los demandados son responsables solidarios de la ruina total o parcial del citado edificio, la obligación de los demandados de subsanar, de forma solidaria, la ruina del edificio, así como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, condenando, de forma solidaria, a todos los demandados. (*M. J. P. G.*)

31. Responsabilidad decenal (art. 1591 CC). Solidaridad. Litisconsorcio pasivo necesario.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1985, 6 de junio de 1986, 27 de octubre de 1987, 22 de marzo de 1993 y 13 de octubre 1994) afirma que en materia de responsabilidad por ruina de los edificios (responsabilidad decenal) resulta aplicable el principio de responsabilidad solidaria cuando no puede individualizarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes (promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores). Ello significa que en los supuestos de responsabilidad del artículo 1591 CC no resulta aplicable la figura procesal del litisconsorcio pasivo necesario, pudiendo el perjudicado, a su elección, demandar a todos o sólo a alguno de los responsables solidarios. (**STS de 8 de junio de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de las viviendas de la urbanización «La Mina» interponen demanda contra la entidad *Conslamina, S. A.*, y contra los arquitectos don C. C. O. y don T. G. P., suplicando se declare la existencia de vicios de la construcción, así como la condena de los demandados a que, con carácter solidario o en la proporción que a

cada uno pueda corresponder, ejecuten las obras necesarias para la subsanación de los defectos existentes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos. (*M. J. P. G.*)

32. Responsabilidad médica: formulación del deber de información como elemento de la *lex artis ad hoc*.—El substrato de todo contrato de arrendamiento de servicios médicos está constituido por lo que doctrinalmente se denomina *lex artis ad hoc*, que no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la «libertad clínica» y a la prudencia, entre otras palabras, como dice la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994 que la *lex artis ad hoc* es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo—, o exógenos —la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida.

Ahora bien, un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo.

Para definir qué es lo que se puede estimar como información correcta, hay que recurrir al artículo 10.5 de la Ley 14/86, General de Sanidad, de 25 de septiembre, que especifica que el paciente o sus familiares tienen derecho a que en términos comprensibles a él y a sus familiares allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen, que el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser un consentimiento informado.

Incluso en la ya mencionada sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994, especifica que tal información comprenderá el diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos del mismo.

Para que se produzca la responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus dependientes es requisito indispensable la negligencia o incumplimiento por parte de éstos.—Visto el fracaso de la tesis casacional fundamentada en los artículos 1101 y 1104 CC, es obvio declarar que la actuación del artículo 1903 de dicho cuerpo legal deviene en inane, pues para su aplicación es requisito indispensable la negligencia o incumplimiento por parte de los dependientes para poder implicar a la empresa. (**STS de 2 de octubre de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras la muerte de su hijo, de 14 años, los padres demandaron a los médicos que le trataron y a la entidad propietaria del Hospital, alegando que los demandados incumplieron el deber de información en cuanto a la naturaleza y duración del tratamiento a realizar en la persona del paciente. El TS da por reproducidos los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, esto es, que los recurrentes fueron informados de que, ante la gravedad de la enfermedad, el trata-

miento consistía en administrar dosis altas de quimioterapia, así como del trasplante de células regeneradoras de médula ósea, y además fueron informados sobre la técnica de trasplante antes de que comenzara dicho tratamiento con alta dosis de quimioterapia y que el mismo se admitió por los demandantes. También manifiesta el TS que, efectivamente, en lugar de los veinte o veinticinco días que se pronosticó de duración, el tratamiento antedicho se prolongó durante ochenta días, hasta el fallecimiento del enfermo; y que hubo implante a los treinta días, aunque más tarde desaparecieron sus efectos por causa difícil de discernir. Se apreció, por último, que el padre del enfermo durante este proceso estuvo realizando preguntas y tomando anotaciones en un cuaderno. En consecuencia, se desestimó la pretensión de los demandantes en las dos instancias y en el TS.

NOTA.—Para entender este pronunciamiento y su sentido, por parte del TS, debe tenerse en cuenta que los hechos nos cuentan que el enfermo padecía una gravísima enfermedad. Ya se temía por su vida cuando los padres acuden a los profesionales médicos para intentar la curación, que, desgraciadamente, no llegó a producirse. De los hechos probados se infiere que hubo cumplimiento del deber de información por parte de los médicos y que hubo consentimiento informado a cargo de los demandantes. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento fracasó y el niño falleció «por causa difícil de discernir», según los términos empleados por la sentencia que anotamos. Esta última frase es la que nos produce cierta desazón, pues ha habido casos anteriores, como el resuelto en la STS de 4 de noviembre de 1992, en los que no se pudo averiguar la causa del fallecimiento, también de un niño en un hospital, y se condenó a los titulares del Centro Hospitalario a indemnizar los daños causados. En esta ocasión, para que pueda responder extracontractualmente el empresario por los hechos de sus dependientes, el TS exige que se acredite la negligencia o incumplimiento por parte de éstos, lo que supone la afirmación de la responsabilidad subjetiva de los médicos y, por lo tanto, de los empresarios de los que dependen. Esta decisión disiente del parecer de autores como Rubio García-Mina (*La responsabilidad del empresario*, Madrid, 1971), que afirma que el empresario no responde por la negligencia, ni por el nombramiento, ni por inspección, ni de ninguna otra clase, sino sencillamente porque lo es; porque la ley remite sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio; o de Ragel (*Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, pp. 284 y 285), para quien el artículo 1904.I CC viene a demostrar que la responsabilidad del empresario tiene más bien una función de garantía, muy cercana a la responsabilidad objetiva. Ciertamente, la enfermedad del niño era muy grave y su fallecimiento previsible; pero no debe olvidarse que se trataba de una reputadísima clínica privada universitaria y que el tratamiento pudo ser muy costoso para los padres; si hubo fracaso y las causas del mismo no estaban perfectamente aclaradas, no parece infundada la reclamación, que acaso hubiera prosperado si se hubiera esgrimido la responsabilidad objetiva del artículo 28 LGDCU. (M. C. B.)

33. Naturaleza jurídica de la sociedad irregular.—Según reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 3 de abril de 1991 y 21 de junio de 1983), para determinar el carácter civil o mercantil de una sociedad, hay que tener en cuenta la naturaleza de las operaciones o actividades que tal sociedad haya de desarrollar, y en consecuencia, existe una sociedad de naturaleza mercantil desde el momento en que dos contratantes se obligan a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro. Declara, asimismo, que la condición de irregular de una sociedad no transforma a ésta en sociedad civil, por lo que su extinción deberá regularse en primer lugar por lo pactado en el contrato, en su defecto por las normas del CCO para las sociedades colectivas y, finalmente, por las establecidas en el CC para la comunidad de bienes y partición de la herencia.

Incongruencia de la sentencia.—A juicio del TS (SSTs de 20 de abril y 29 de junio de 1983, 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1987), el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, bastando para mantener la congruencia que el fallo resuelva las pretensiones de las partes, aunque al hacerlo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad en trámite de ejecución. (STS de 30 de marzo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En sentencia de 16 de junio de 1981 se declara la existencia de una sociedad mercantil irregular entre los hermanos don Francisco y don Benjamín R. B. El patrimonio de la citada sociedad es de carácter ganancial para cada uno de los socios, correspondiendo a ambos los mismos derechos y obligaciones, así como la administración en general. Años después, don Benjamín R. B. junto a los herederos testamentarios de su difunta esposa, demanda a su hermano (don Francisco) y a su cónyuge, solicitando que, con mantenimiento de la sociedad, se declare la titularidad por mitad de todos los bienes y que se ponga a su nombre la mitad de los mismos. Los demandados formulan reconvencción en la que solicitan la disolución y liquidación de la sociedad irregular conforme a las normas del Código civil sobre extinción de comunidad y partición de herencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS admite parcialmente el recurso de los actores. (M. C. C. M.)

34. La costumbre como fuente del Derecho procesal.—El TS afirma que la costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una *opinio iuris seu necessitatis* del juez ni de las partes, ni hay usos jurídicos que tengan tal consideración. Si la costumbre que se alega es *contra legem* es indiscutible su no aplicación al proceso; si además no se prueba, ni siquiera es alegable.

Liquidación de las sociedades irregulares.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 14 de abril de 1998 y 6 de octubre de 1990) aplica a la disolución de las sociedades irregulares las reglas de disolución y liquidación de las sociedades colectivas. Por otra parte, el TS afirma que la disolución de la sociedad irregular no consiste en el reparto de cosas materiales o en la rendición de cuentas del que ha administrado el negocio; lo que la disolución provoca es la liquidación del activo y del pasivo de la sociedad, y el reparto del saldo resultante a partes iguales entre los socios. (STS de 13 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José C. J. y don Juan L. A. formaron una sociedad irregular dedicada a la explotación de un taller mecánico. Para desarrollar esta actividad mercantil, adquirieron maquinaria y un determinado solar. Desde 1976 don Juan José C. J. era el administrador único. Finalmente, la sociedad se extingue de común acuerdo.

Con posterioridad a la extinción, don Juan José C. J. promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Juan L. A. y don Juan L. C. en el que solicita la disolución y liquidación de la sociedad irregular.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, aunque estima parcialmente la demanda formulada en su día por el mismo. (M. C. C. M.)

35. La rendición de cuentas: artículo 1720 CC.—La rendición de cuentas, afirma la Sala en la presente sentencia, es el efecto último a que se contrae el tracto sucesivo de la buena gestión de los intereses ajenos en que se mueve la relación mandante/mandatario. La práctica de la rendición procederá una vez terminada esa gestión, o bien durante los períodos que fijen las instrucciones del mandante. En ella el mandatario expone los resultados económicos de su gestión, especificando tanto el activo como el pasivo y, en su caso, el saldo resultante que deberá —en el supuesto de que sea favorable a los mandantes— reintegrar en los términos convenidos, por lo que su abono sólo procederá en el caso de que efectivamente lo haya. Al mismo tiempo la Sala aprovecha para recordar la jurisprudencia que afirma que ni las relaciones familiares entre mandante y mandatario, ni la convivencia entre ambos dispensan de la obligación de rendir cuentas (SS de 18 de marzo de 1959 y 28 de octubre de 1969).

La indemnización de daños y perjuicios a cargo del mandatario: artículo 1718 CC.—La responsabilidad por daños y perjuicios causados por el mandatario por la no ejecución del mandato (art. 1718 CC) procede si tales daños y perjuicios han sido acreditados, lo que no sucede, como afirma la propia Audiencia, cuando las actoras basan los perjuicios en los informes elaborados por peritos, en los que partiendo de consideraciones especulativas, se trata de averiguar lo que las fincas debieron producir. Esta prueba, reitera el TS, no puede tener efecto para determinar que el demandado no cumplió el mandato con la diligencia de un buen padre de familia, que es la causa determinante de los daños y perjuicios, por lo cual, al no estar acreditados los mismos, no procede dicha indemnización. (STS de 1 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Formulada demanda de juicio declarativo de menor cuantía, se solicita por la parte actora que el demandado venga obligado a rendir cuentas de toda la actividad desarrollada como administrador de unas fincas rústicas, procedentes de la herencia del marido y padre respectivamente de las demandantes, durante los años 1982 a 1985. Al mismo tiempo se solicita la entrega de cuantas facturas o documentos respalden las cargas de dicha explotación; el abono del saldo resultante a favor de las actoras con sus intereses desde que cesó en la gestión (el 27 de mayo de 1986); y demás daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su negligente administración.

El demandado don Enrique N. M., hijo y hermano a su vez de las actoras, además de solicitar la desestimación de la demanda, reconven- ciona pidiendo, entre otras cosas, que se declare que la rendición de cuentas se ha hecho con anterioridad y es repetida en el momento de la contestación de la demanda en base a la documentación aportada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 2 de febrero de 1994, apreciando en parte la reconvenición planteada, revoca la sentencia de instancia, considerando cumplida la rendición de cuentas en el presente juicio, al presentar el demandado los docu- mentos que respaldan los apuntes contables de la explotación de las fincas, y condena a éste a entregar a las actoras las cantidades que resultaron de la prueba pericial practicada más los intereses legales devengados por dichas sumas desde el 10 de agosto de 1991 (fecha del requerimiento notarial realizado por las actoras para la rendición de cuentas) hasta su pago. Recurrída en casación la sentencia de la Audiencia por las demandantes, el TS declaró no haber lugar al recur- so. (V. M. L.)

36. Validez de la sumisión a arbitraje en cláusula estatutaria.—Pese a la oposición de cierto sector doctrinal, el TS sostiene la validez del convenio arbi- tral incluido en los Estatutos de una sociedad mercantil. A su vez, ratifica un argumento utilizado con anterioridad por la DGRN (R de 19 de febrero de 1998) al declarar que el convenio arbitral si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros.

Aplicación de la Ley de Arbitraje de 1988 a un convenio arbitral ante- rior a la misma.—Aunque el convenio arbitral sea anterior, la Ley de Arbitraje aplicable es la vigente y no la de 1953, por surgir el presente procedimiento arbi- tral con posterioridad a su entrada en vigor (DT de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre). Sin embargo, esto no significa que la Ley de 1988 sea retroactiva.

Objeto del arbitraje.—Pese a que en un principio el TS admitió la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales (SSTS de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907), posteriormente cambió el criterio y negó aquella posibilidad (STS de 15 de octubre de 1956). Con la presente sentencia el TS confirma la última doctrina (SSTS de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971) o vuelve a la más antigua, al estimar que no quedan excluidas del arbitraje ni la nulidad de la junta de accionistas ni la impug- nación de acuerdos sociales, por ser éstas materias de libre disposición. (STS de 31 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Eudaldo M. B. impugna los acuerdos adoptados el 7 de septiembre de 1989 por la junta de accionistas de la sociedad *Sugem, S. A.* Por su parte, la sociedad demandada opone excepción dilatoria de falta de competencia por sumisión a arbitraje. Según la misma, el artículo 16 de los Estatutos de la sociedad somete al arbitraje de equidad regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953 cual- quier duda, cuestión o discrepancia que pudiera plantearse por asuntos sociales, tanto durante la vida de la compañía como en el periodo de liquidación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción y absuelve a la demandada. La Audiencia Provincial desestima la excepción de

sumisión a arbitraje y, entrando en el fondo, estima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad anónima. (M. C. C. M.)

37. La responsabilidad *ex artículo 1902 CC no puede tratarse absolutamente como objetiva: doctrina general.*—El artículo 1902 CC, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito, y se le puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código civil del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —y también *aquiliana* por haber sido introducida por la Lex Aquilia del siglo III a. de C.—; figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: *a)* un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y *b)* la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana; todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba; pero es más, dicha atenuación culpabilista e, incluso, de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un *plus* en la diligencia normalmente exigible. Es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la STS de 16 de diciembre de 1988. Pero ello no es causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta ser por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, *que no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se puede reprochar a un tercero.*

Lesiones causadas a menor que utiliza batidora: culpa *in vigilando.*—En el presente caso no se está en presencia de una responsabilidad objetiva, al hablarse de culpa *in vigilando* en las lesiones producidas a un menor que utiliza una batidora, al que no se le habían dado instrucciones sobre su uso, ni había medidas de seguridad, ni persona interpuesta que dirigiera el trabajo, con lo cual la *ratio decidendi* quedaba dentro de los parámetros que establece la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y no se basaba en la responsabilidad objetiva.

Motivación de la sentencia.—La motivación como labor intelectual del juzgador a través de la exposición de las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo de la sentencia, ha adquirido rango constitucional al ser plasmado en el artículo 120.3 CE, y ser recogido en el artículo 248 LOPJ; dicha exigencia aparece explicitada en STS de 10 de abril de 1984, cuando se dice que las sentencias deben ser motivadas, exponiendo las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, aunque a ello no se opone la parquedad o brevedad de los razonamientos; en el presente caso ni siquiera se puede hablar de parquedad en la motivación ya que es amplia y suficiente en cuanto a los razonamientos que en ella se

hacen sobre la fijación del *quantum* de la indemnización. (STS de 7 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sorprenden dos cosas en la S extractada: la socorrida invocación a la evolución de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS en la interpretación del artículo 1902 CC, para concluir que la S recurrida no se sale de los parámetros jurisprudenciales, por lo cual aquella invocación viene a ser así, de hecho, *obiter dictum*, y, sobre todo, no ya la *parquedad* sino casi la *opacidad* con que los hechos básicos se ocultan en la S. Se dice sólo que el lesionado es un menor que manejaba una batidora sin instrucciones, ni vigilante, y que las indemnizaciones solicitadas y concedidas son relativamente elevadas (se reclaman más de 34 millones de pesetas, el JPI otorga algo más de 28, y la AP reduce la indemnización a 18 millones de pesetas), siendo rechazado el recurso de casación. Por lo demás, se ignora el resto. Como he dicho, la invocación de la *doctrina general* sobre evolución de la doctrina jurisprudencial viene poco a colación; en cambio, la *motivación fáctica* de la S de casación es, a todas luces, insuficiente. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: responsabilidad del lanzador de cohetes: lesiones causadas a menor que recoge artefacto no explotado.—El lanzamiento de artefactos explosivos de pirotécnica ante una concurrencia de personas es una actividad creadora de riesgo, tanto para quien los lanza como para quienes la presencian, y ello exige extremar en su ejecución las medidas de diligencia tendentes a evitar accidentes causantes de daños materiales o corporales; ello no puede desconocerlo quien, como el demandado, se dedica profesionalmente a tal actividad; además la conducta de este profesional pirotécnico ha de calificarse de negligente, ya que no comprobó, o no comprobó adecuadamente, que todos los artefactos lanzados habían explotado en el aire, y que ninguno había caído a tierra sin hacerlo, como así ocurrió.

Concurso de culpas: interferencia causal del menor lesionado.—Hay un concurso de culpa por parte del niño en el hecho de guardar durante varios días, y manipular ulteriormente, el artefacto explosivo, cuya peligrosidad, dada su edad de trece años, no podía desconocer; y si bien la conducta del menor lesionado no es bastante para destruir el nexo causal existente entre la del demandado y el resultado lesivo acaecido, ello permite moderar la responsabilidad, como acertadamente ha hecho la Sala.

Prueba de presunciones.—El lanzamiento del artefacto tuvo lugar el 8 de septiembre de 1991, con motivo de las fiestas locales de la Virgen de los Remedios, y el menor lesionado recogió una bomba sin explotar guardándola hasta el 24 del mismo mes, fecha en la que intentó mostrársela a un amigo, explosionándole en las manos; para llegar a esta conclusión la AP utiliza, sin decirlo, la prueba de presunciones partiendo de las circunstancias existentes en los autos, prueba que no ha sido impugnada, quedando improbadamente la alegación de que el menor recogió el artefacto en las fiestas de otro pueblo distante 15 kilómetros de su residencia, sin que haya constancia del desplazamiento del menor ni de que allí se hiciera demostración pirotécnica alguna.

Irresponsabilidad del Ayuntamiento.—La Orden de 20 de octubre de 1988 regula la manipulación y uso de artificios en la realización de espectáculos de fuegos artificiales, pero su artículo 1.º, párrafo 3.º, excluye su aplicación a los meros lanzamientos de cohetes. la realización de salvas con bombas u otras utili-

zaciones de artificios pirotécnicos que, por su pequeña entidad, no constituyan espectáculos públicos por sí mismos, que es el caso aquí contemplado como se prueba por el pequeño importe de los artefactos lanzados (67.000 pesetas) y la no solicitud de autorización al Gobierno Civil; se da una falta de relación de causalidad en la conducta imputada al Ayuntamiento demandado, que no venía obligado por la concesión de autorización para la celebración de la fiesta, a comprobar el correcto y eficaz ejercicio de su actividad por el pirotécnico contratado por la Comisión organizadora de las fiestas, no dependiente del Ayuntamiento, ni a vigilar si todos los artefactos lanzados habían explotado antes de su caída; por todo ello procede la absolución de dicho Ayuntamiento. (STS de 21 de abril de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte de menor por tocar cables de alta tensión: culpa exclusiva de la víctima.—La serie de actos desencadenantes del siniestro son bien elocuentes de la culpa exclusiva de la víctima, y que son determinantes del proceso desencadenante de su culpabilidad; en primer lugar, coger del suelo sin autorización unos tubos que el municipio tenía destinado para riego; en segundo lugar, empalmar los mismos hasta conseguir una altura de 11,90 metros; en tercer lugar, elevarlos más de un metro del suelo, con la previsible intención de conectar con el cable de alta tensión que se alzaba a 13 metros; por todo lo cual y con independencia de que la instalación eléctrica, cuya altura de 13 metros, era, sin lugar a dudas, la reglamentaria y de que los tubos estaban en un lugar público, estos hechos no deben influir para desvirtuar que la causa determinante de la muerte fue ese proceso concatenador de conductas verdaderamente imprudentes del propio menor.

Relación de causalidad. Doctrina jurisprudencial.—Según STS de 30 de diciembre de 1995, esta Sala se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante, optando decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto dañoso, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale en cada caso, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal. (STS de 2 de abril de 1998; ha lugar.)

NOTA.—No parece del todo convincente la argumentación que conduce al TS al rechazo de la demanda de indemnización por muerte debida a electrocución, de un menor de edad, al tocar voluntariamente los cables de alta tensión que, carentes de protección, estaban tendidos sobre la plaza pública de la pequeña localidad riojana de C. En ambas instancias se condena tanto a la empresa eléctrica, como al Ayuntamiento, si bien estimando la concurrencia de culpa en la víctima; no coincide, sin embargo, la suma indemnizatoria concedida en aquéllas ya que reclamada 25 millones, el Juzgado de Primera Instancia concede ocho, y la AP doce millones. Hay, sin duda, un evidente proceder negligente por parte del menor (no se dice su edad) quien, con la ayuda de un compañero, empalma dos tubos propiedad del Ayuntamiento, depositados en el paseo, y con ellos se alza hasta tocar los cables de alta tensión. Pero, a mi juicio, no pudiendo exonerarse de culpa a la

víctima tampoco se puede exculpar del todo a la compañía eléctrica propietaria de la instalación, a pesar de cumplir parcialmente los requisitos de una vieja normativa de 1968 (Reglamento de Líneas aéreas de alta tensión de 28 noviembre), caída en desuso según informe pericial, pues ahora se hacen instalaciones subterráneas, dada su enorme potencial de 13.200 voltios. Tampoco debe quedar exento de responsabilidad –acaso minorada respecto de aquélla– el Ayuntamiento, quien debe adoptar, en todo momento, las precauciones necesarias para evitar daños a los ciudadanos en un lugar público, previendo incluso las acciones despreocupadas e irreflexivas de los menores de edad (el recurso de casación las califica, con bastante acierto, de *gamberradas*). En resumen, aunque los Tribunales se reservan soberanamente la facultad de determinar la existencia del nexo causal, caben aducir no pocos casos similares en los que el TS ha condenado a indemnizar argumentando que el mero cumplimiento de normas administrativas no sirve de excusa, normas que en este caso, y a mayor abundamiento, se consideran anticuadas y caídas en desuso para las nuevas instalaciones. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: tetraplejía causada a mayor de edad que se lanza erróneamente a piscina infantil cerrada reglamentariamente: culpa exclusiva de la víctima.—La exigencia de responsabilidad no puede tener lugar cuando se trata de un adulto que, libremente y de manera consciente, franquea los obstáculos que se le presentan para acceder a la piscina, y, sin conocer el medio en el que se desenvuelve, se tira – no se cae– de cabeza, con el resultado lesivo manifestado; según STS de 27 de mayo de 1982, la culpa de la víctima exonera a cualquier otro agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena de otro el artículo 1902 CC, la equidad, ni la lógica; la doctrina del riesgo no es aplicable a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, y, por otro lado, en el presente caso el riesgo no sobreviene con motivo de la explotación sino por un proceder negligente de la propia víctima; en materia de accidentes de circulación la responsabilidad queda excluida cuando aparece probada la culpa exclusiva de la víctima, y tal doctrina es aplicable al presente caso.

Relación de causalidad: doctrina general.—La determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, valorando en cada supuesto cuál sea el acto antecedente del que se derive el daño producido, atendiendo no sólo a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar también cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios. (STS de 13 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En la madrugada del 12 al 13 de julio de 1990, el actor, de veintú años de edad, se personó en el Bar-Restaurante sito en el Polideportivo Municipal de G., donde se celebraba una fiesta de cumpleaños, y al poco tiempo accedió a las piscinas de la planta baja, y

confundiendo la de adultos con la infantil, se tiró de cabeza a ésta produciéndosele tetraplejia; el hecho ocurrió fuera del horario de funcionamiento de las piscinas, habiéndose colocado por personal del Ayuntamiento en la rampa de acceso una valla amarilla de color amarillo; las piscinas estaban aisladas mediante tubos galvanizados y malla de nylon, y carecían de iluminación aunque llegaba la de la primera planta.

Me parece que la doctrina de la S es correcta (la demanda se había rechazado en ambas instancias), ya que el hecho desgraciado es imputable exclusivamente a la víctima que, con su propia actuación, creó libremente el riesgo. A mi juicio no hay en este caso identidad total de circunstancias con la S de 2 de abril de 1998 antes extractada; en efecto, no puede requerirse la misma madurez de conducta a un menor de edad y a un mayor, y en el presente caso, tanto la actuación del propietario del Bar como la del Ayuntamiento, responsable de las piscinas, es la adecuada a las circunstancias, pues hay que suponer de conocimiento general el horario de cierre de las mismas, circunstancia que se corrobora con la ausencia de iluminación propia y por estar colocada la valla de cierre. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones a menor por caída en corte profundo de cantera: excavación no vallada, ni iluminada, situada a seiscientos metros del pueblo en que se celebra romería: responsabilidad de la empresa.—El accidente debe imputarse también a la negligencia de la empresa dueña de la cantera, pues en el lugar del suceso no existía ningún cartel anunciador del peligro, y, menos aún, se prueba que estuviese la cantera suficientemente cerrada o vallada, tratándose de zona oscura y sin ningún tipo de iluminación, habiendo un terraplén de cuarenta metros de caída vertical, situado a seiscientos metros del pueblo, lugar concurrido en que se celebraba una romería; debe entenderse que falta la diligencia de la empresa, cuya omisión influyó en el riesgo o peligro creado, que no dista tampoco de la denominada responsabilidad de la empresa por el riesgo derivado de su propia actividad; la STS de 31 de diciembre de 1996 observa que en la responsabilidad por riesgo no puede decirse en muchos casos que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor de los daños, de modo que en esta actuación voluntaria, mediata o indirecta, se halla el fundamento de esta responsabilidad que impide caer en una responsabilidad primitiva por el mero resultado, y que en el presente caso se origina por el descuido, o falta de control o vigilancia, del paraje donde ocurrieron los hechos.

Culpa de la víctima.—La víctima —un menor de quince años— contribuyó con su propia imprudente actuación a la causación del resultado dañoso, al adentrarse en un paraje agreste, y sin luz, accediendo a la cantera y precipitándose al vacío; propiamente las culpas nunca se compensan, sino que cuando varias conductas concurren, sólo procede computar en el resarcimiento, su tanto de culpa o coautoría, y, por ende, disminuir el porcentaje adecuado en el parámetro de 100; en el presente caso procede asignar el 50 por 100 a cada parte. (STS de 13 de abril de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Es curioso comprobar que el mismo ponente que en el caso de la S de 2 de abril de 1998, antes extractada, estima el recurso y absuelve a la empresa eléctrica y al Ayuntamiento de la reclamación

por causa de la electrocución sufrida debida a una actuación imprudente de la víctima (que se considera causa exclusiva del accidente), en el presente caso condena a la empresa propietaria de la cantera (aunque concurriendo la culpa de la víctima) por el riesgo que supone no señalar, ni iluminar, la existencia de un corte vertical de 40 metros. Cabe pensar en un paralelismo de hechos y actuaciones que debieran conducir a idéntico resultado jurídico. ¿Es más o menos peligroso la instalación de cables de alta tensión a trece metros del suelo, y sin cubrir, que dejar accesible el paso a una cantera con un precipicio de 40 metros, y en ambos casos sin anunciarlo oportunamente? ¿Ha sido más decisiva la imprudencia del menor que, por juego o diversión, alza tubos de riego hasta tocar los cables, que la de otro que se interna en paraje oscuro y sin iluminar? La S, ahora anotada es de la misma fecha —pero de otro ponente— que la que absuelve por los daños causados a mayor de edad que se tira de cabeza por error, a piscina de niños, reglamentariamente cerrada; caso que yo veo sustancialmente diferente, en sus circunstancias fácticas, con las dos anteriores. (G. G. C.)

42. Responsabilidad por accidente ferroviario: doctrina general: no basta el cumplimiento de normas reglamentarias.—Según STS de 25 de marzo de 1996, en supuestos de accidentes ferroviarios, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que, sin tener que acudir a la inversión de la carga de la prueba, ni a la responsabilidad por el riesgo, teorías que conducen hacia una objetivación de la responsabilidad extracontractual, es suficiente con atender al elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente que, en mayor o menor medida y pese a la expresada tendencia, condiciona todo reproche culpabilístico, teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta de toda connotación de antijuridicidad, no basta que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengan impuestas por las circunstancias de personas, tiempo y lugar, concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Responsabilidad de RENFE por lesiones causadas a viajero por arranque inopinado del tren.— Se reclama indemnización por las lesiones causadas a viajero, afecto de gran invalidez (pues debido a amputación del brazo derecho portaba brazo y antebrazo ortopédico), ocasionado por el mal funcionamiento de la megafonía de la estación de partida del tren expreso, y al precipitado y veloz arranque de éste, lo que determinó con nexo causal, el daño sufrido por la víctima, quien ponía su pie en el estribo y se sujetaba, sin lograrlo, a la barandilla metálica, originando la caída de éste produciéndose lesiones que tardaron en curar ciento ochenta y cuatro días, con secuelas consistentes en la amputación del miembro inferior izquierdo a nivel del tercio medio del muslo y del primer dedo del pie derecho. La responsabilidad de la RENFE se basa en el artículo 1903, párrafo 4.º CC, de naturaleza directa, fundada en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, y se apoya en la actuación del empleado que ha realizado el acto dañoso, existiendo nexo causal entre el acto y el daño.

Concurrencia de culpas.—En la causación del resultado lesivo se produjo cierto grado de negligencia en el propio autor, en tanto que debió de estar más atento a la salida del tren y máxime cuando por su minusvalía tenía más dificultades que otras personas para subir al mismo.

Intereses moratorios: doctrina general y su evolución: no proceden por ser ilíquida la suma debida.—Dentro de los intereses legales se distinguen los moratorios y los ejecutorios; y como estos últimos, determinados por el artículo 921 LEC, se han concedido al actor por la sentencia de instancia, hay que resolver el recurso sobre los moratorios. Para aplicar éstos la doctrina tradicional exigía que estuvieran predeterminadas exactamente o pendientes de una simple operación aritmética las sumas debidas, según el brocardo *in iliquidis non fit mora* (así SS de 12 de julio de 1988 y 19 de mayo de 1991); pero actualmente se entiende que deben abonarse los intereses de la cantidad que determina la sentencia aunque sea menor que la reclamada (SS de 17 y 18 de febrero de 1994 y 1 de abril de 1997); sin embargo, se mantiene aquella regla cuando para fijar lo debido ha sido preciso un proceso judicial (S de 7 de abril de 1995), o cuando la cantidad realmente debida no es conocida hasta que se fija en la sentencia (S de 24 de mayo de 1994), o cuando ha sido necesaria la interposición de juicio contencioso para determinar y precisar la deuda (S de 19 de junio de 1995); este último es el caso de este pleito pues el actor dirigió un requerimiento notarial a RENFE en 1990, reclamando 20 millones de pesetas, y en la demanda solicita 31.472.000 pesetas, siendo desestimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, mientras que la Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación, la fijó en 7.104.000 pesetas, todo lo cual implica que precisaba un proceso para determinar, no sólo si era debida, sino la cantidad, en principio desconocida, que era debida; en consecuencia, no cabe fijar otros intereses que los ejecutorios. (STS de 3 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—¿Puede estimarse concurrencia de culpas en el presente caso? ¿Es circunstancia jurídicamente desfavorable para determinar la culpabilidad del accidente, que la víctima sea minusválido por haberle sido declarada anteriormente gran invalidez? En el FD 1.º se dice que el tren expreso Costa Cálida estaba parado en la estación del Carmen de la ciudad de Murcia, con destino a Albacete y Madrid, no saliendo a la hora fijada, y, en vista del retraso que sufría, el actor entró en la cantina en espera de que dieran el aviso de la próxima salida del tren; pero el 13 de noviembre de 1987 no funcionó adecuadamente el servicio de megafonía y el tren salió a velocidad inusual, al dar el Jefe de Estación la orden de marcha al maquinista, sin cerciorarse de que la víctima y otras personas se dirigían por el andén al tren, ocurriendo el accidente. Ante estos hechos probados parece razonable sostener que la RENFE es la única responsable del accidente, aunque esta clase de hechos —desgraciadamente— se repitan a diario; los sufridos usuarios sabemos por experiencia que, ante un retraso —cualquiera sea su causa— no se informa a los viajeros ni de su causa, ni de su probable duración; añádase que la megafonía no funcionó adecuadamente ese día en la estación de partida del expreso. No se indica el tiempo en que permaneció parado el tren, pero cabe deducir que fue de alguna duración a la vista de la velocidad a que arrancó el maquinista, sin duda, para aminorar el retraso. A mi juicio hay violación del deber de información, negligencia culpable al no sustituir inmediatamente la megafonía por otro sistema similar, y descuido evidente en el Jefe de Estación que, sabedor de lo anterior, no extrema el cuidado al dar la salida. El retraso del tren no debe privar al viajero del goce de todos sus derechos, como parte negocial del contrato de transporte de personas y también como consumidor.

Por otro lado, me parece que imputar al lesionado su circunstancia personal de llevar un brazo ortopédico, con la finalidad de reducir, en su perjuicio, el *quantum* indemnizatorio, aparte de constituir un sarcasmo, representa un desconocimiento de los derechos de la personalidad del minusválido que el artículo 49 CE les garantiza, y que obliga a ser tratado y respetado como tal (la figura del empleado que acude solícito para ayudar al impedido a subir al tren parece en la S como algo quimérica, o perteneciente a otra galaxia, o, al menos, de otro país). (G. G. C.)

43. Responsabilidad de la RENFE por atropello de obrero ferroviario en su lugar de trabajo: paso mal iluminado con existencia de cables paralelos a las vías: situación de riesgo.—Está fuera de duda la concurrencia de una notoria situación de riesgo manifestada en los datos siguientes: existencia de una línea de cables a una altura de 30 centímetros en situación paralela a las vías, y falta de una adecuada iluminación, y de un punto fijo con entarimado para pasar sin riesgos de un lado a otro de la vía, por tratarse del lugar de trabajo de la víctima; factores todos ellos que suponían un riesgo añadido al propio de la profesión ferroviaria, comportando la concurrencia de un reproche culpabilístico para la empresa, al haber descuidado las debidas condiciones de seguridad en punto a procurar y conseguir para sus empleados el paso por las vías con el menor peligro dentro de sus posibilidades.

Negligencia del maquinista.—Se ha acreditado que el Ayudante del maquinista percibió a la víctima al tiempo de ser alumbrado por el foco de la máquina, lo que induce a pensar que el maquinista no prestó a la conducción la suficiente atención, y que la velocidad a que circulaba no era la acomodada a las circunstancias de la zona, pues de no ser así hubiera estado en disposición de detener la marcha a su debido tiempo, lo que comporta un reproche culpabilístico *in vigilando* a la empresa.

Culpa exclusiva de la víctima: carga de la prueba.—Dentro del mecanismo probatorio aplicable a la culpa extracontractual, hubiera correspondido a RENFE la probanza de haberse debido el accidente al comportamiento exclusivo de la víctima, con observancia por aquélla de la diligencia requerida para el caso de autos, lo cual no ha acontecido. (STS de 23 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Barcala y Trillo-Figueroa) cuyo supuesto de hecho es el típico de los accidentes de trabajo, con clara negligencia de la empresa. No se trata, genéricamente, de accidente ferroviario, sino de un específico accidente laboral dentro de la RENFE. El accidente ocurre en la estación de Córdoba el 20 de octubre de 1988, a las seis de la mañana (por tanto, antes del amanecer). Sorprende la escasez de medidas de seguridad en el trabajo (trajes reflectantes, lámparas portátiles, etc.). El Centro de Seguridad e Higiene en el Trabajo insiste en su informe que los cables de señales se sitúen bajo el nivel del suelo para evitar tropiezos y que, en lo posible, se establezcan zonas de paso para el personal ferroviario, convenientemente señalizadas, libres de obstáculos y con el piso lo más uniforme para lo cual, y si es necesario disponer entarimados, que así se haga. Todo lo cual permite deducir la penuria de medidas de seguridad en el trabajo, adoptadas por la empresa. Una vez más hay que destacar que la sentencia se pronuncia al cabo de diez años de producirse la muerte

del esposo y padre de dos hijos; reclaman 30 millones de pesetas y van a recibir 16 con el mencionado retraso. (G. G. C.)

44. Muerto en accidente ferroviario: responsabilidad de la RENFE: automovilista que, por avería, se apea de su vehículo y se adentra en las vías, muriendo atropellado: concurrencia de culpas.— El 2 de febrero de 1986, sobre las 21,30 horas, siendo de noche cerrada, conducía la víctima el vehículo de su propiedad por una avenida de Santander, cuando, a consecuencia de hallarse inundada la calzada, se le paró el vehículo, y apeado de éste y con el fin de no ser salpicado por el agua que, al atravesar la zona inundada, lanzaban los demás usuarios de la vía, se retiró al sur de ésta hasta introducirse dentro del espacio de recorrido de la línea de ferrocarril explotada por RENFE, en lugar no autorizado para el paso de peatones por la vía, siendo golpeado por un vagón de un tren que en aquel momento circulaba, causándole heridas que determinaron su casi inmediato fallecimiento; en aquel lugar la vía del tren se encontraba a la altura aproximada de un metro por encima del nivel de la calzada, y la distancia del raíl a la pared vertical que delimita la zona de ferrocarril y lo separaba del arcén era aproximadamente de tres metros; desde este muro hasta la capa de asfalto de la carretera había una distancia aproximada de un metro, y otro más hasta la línea continua que separaba la calzada del arcén; además el basalto sobre el que se asentaba la vía del ferrocarril tenía un talud incluido de unos 30 grados; entre la vía del tren y la calzada no existía valla, ni elemento de cierre o separación alguno. Es gravemente imprudente la conducta de quien, sin ninguna razón seria para ello, se sitúa en el espacio de la vía férrea, en una noche cerrada y oscura, no pudiendo dejar de advertir la peligrosidad del lugar en que se colocaba por haber tenido que salvar previamente el citado desnivel y dada la composición del suelo sobre el que se colocó, el basalto de la caja de la vía férrea, todo ello sin percatarse de la proximidad del tren contra uno de cuyos vagones fue a colisionar frontalmente; apreciada una concurrencia de culpas y considerando de una mayor gravedad la de la víctima que la de la empresa ferroviaria, procede desestimar el recurso basado en la violación de los artículos 1902 y 1903 CC.

Responsabilidad del MOPU y del Ayuntamiento: ausencia de relación de causalidad.—Cualesquiera que fueran las omisiones imputadas a estos entes en su obligación de conservación de las vías públicas, era absolutamente imprevisible el resultado acaecido, atendiendo el curso normal de los acontecimientos, ni de esa conducta se deriva como consecuencia necesaria el daño producido.

Segunda instancia: consentimiento del pronunciamiento absoluto.—Según STC de 15 de enero de 1996, en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en cuanto a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quaestio iuris*), para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*). (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—La S extractada parece querer agotar las razones que conducen a declarar la —por lo demás, evidente— conducta imprudente de la víctima, pero da la impresión de olvidarse de explicar la culpabili-

dad de la RENFE en este caso; quizá se encierra en la siguiente frase: *entre la vía del tren y la calzada no existía valla ni elemento de cierre o separación alguno*. Si resultara que aquí se encerraba el fundamento de la responsabilidad de aquélla, habría que concluir que en la inmensa mayoría de accidentes producidos cuando van paralelamente la carretera y la vía férrea, tendría que ser condenada la empresa ferroviaria por carecer de adecuada separación. Es cierto que la cuantía de la indemnización concedida en definitiva a la esposa, es casi simbólica (se solicitan nueve millones, el Juzgado de Primera Instancia otorga cuatro, y la Audiencia Provincial 1.800.000 pesetas), y que la S firme ha recaído a los doce años de ocurrir el accidente. En realidad los hechos tan minuciosamente analizados en la S podrían conducir a la desestimación total de la demanda, pues la responsabilidad de RENFE queda prácticamente diluida en las circunstancias que rodean la producción del accidente. La víctima, por razón de residencia, debe presumirse que conoce la peligrosidad del lugar, y ello se corrobora indirectamente por la situación del lugar del accidente, al tener que realizar un notable ejercicio físico para superar el desnivel existente. *Sibi imputet.* (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad de empresa fabricante de cerveza por muerte de operario en actuaciones de limpieza de un tanque: artículo 1903 CC.—El inciso final del artículo 1903 CC establece una presunción de culpa para los supuestos que contempla, obedeciendo a criterios de riesgo y al propósito de objetivar la responsabilidad extracontractual, llevando a las últimas consecuencias la *inversión de la carga de la prueba*; en este caso, la empresa propietaria del tanque incurrió en una doble omisión, no advertir del peligro de explosión con ocasión de la operación de limpieza del tanque y no proporcionar al operario fallecido un equipo de protección personal; se ha probado, además, que el fallecido era una persona experimentada que llevaba 25 años en la empresa, sin que conste que la limpieza reseñada se efectuara de modo distinto al habitual ni que la víctima hubiera procedido a encender el mechero que portaba, existiendo en la empresa carteles anunciadores de la prohibición de fumar; existe relación de causalidad, pues la explosión se produjo por la originación de hidrógeno en el proceso de limpieza unido a un factor térmico, que debe enmarcarse dentro de la noción de riesgo imputable a la propia actividad empresarial.

Intereses moratorios: sentencia que reduce el quantum indemnizatorio solicitado: atenuación del brocardo *in iliquidis non fit mora*.—La *mora solvendi* está regulada en el artículo 1108 CC, en relación con los artículos 1100 y 1101 CC, en tanto que la norma del artículo 921, párrafo 4.º LEC, tiende a evitar y sancionar, en su caso, una manifestación de *contumacia procesal*, por lo cual ambas clases de intereses no se interfieren entre sí, y son susceptibles de aplicación autónoma e independiente y, en algunos supuestos, sucesiva. En cuanto a los intereses moratorios conviene puntualizar que si bien puede considerarse como indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, también cabe atender al significado y alcance de las deudas de valor, según el cual no basta con entregar lo que se debe, sino lo que en el momento de la entrega debe representar tal suma. El brocardo *in iliquidis non fit mora* ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, que se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues se declara un derecho a la obtención de

una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. (STS de 21 de mayo de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el 18 de julio de 1991, se solicita una indemnización de 20 millones de pesetas para la viuda e hijos del accidentado, el Juzgado de Primera Instancia otorga cinco, y la Audiencia Provincial eleva al doble la indemnización. La S es plenamente de aprobar. Obsérvese que no se aplica de oficio la incompetencia de jurisdicción civil, que recientemente han aplicado las SSTS de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez, que también integra la Sala que dicta la S ahora anotada, pero cuyo Pte. es Barcala y Trillo-Figueroa), al tratarse de accidente de trabajo producido exclusivamente por inobservancia de las medidas de seguridad, y todo ello conforme a la doctrina mantenida por la Sala de Conflictos del TS en Autos de 23 de marzo de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996. En cambio, hay una continuada doctrina jurisprudencial que acepta la competencia de la Sala 1.^a en esta materia (todavía últimamente STS de 11 de diciembre de 1997). Quizá se ha atendido a la fecha en que el accidente se produjo en la que prácticamente era unánime la doctrina de la Sala 1.^a.

En cuanto a los intereses moratorios, la doctrina reitera y amplía la contenida en STS de 3 de abril del mismo año (Pte. O'Callaghan Muñoz) en cuanto a la atenuación del brocardo *in iliquidis non fit mora*, si bien en esta última resolución no se conceden (probablemente porque la S del Juzgado de Primera Instancia había desestimado la demanda por indemnización de daños y perjuicios, y existía indeterminación no sólo en el *quantum* sino también en el *an* de lo debido). (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones causadas al extraer cerumen del oído por rotura de jeringuilla: irresponsabilidad del Servicio Vasco de Salud.—El defecto de la jeringuilla no era detectable antes de su uso, sino que es durante el mismo cuando sobreviene el accidente; por ello no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración la responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos; en la vía civil elegida por la actora en esta *litis* no corresponde la declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público.

Costas impuestas en primera instancia por el codemandado absuelto.—En primera instancia la actora demanda a quien es absuelto y a quien es condenado por una estimación parcial de la demanda; respecto del primero hay un rechazo total a las peticiones de la demanda, que obligan a imponer las costas a la actora conforme al artículo 523 LEC, salvo que el Juez hubiese estimado circunstancias excepcionales para no hacerlo, pero no para imponérselas a la codemandada no absuelta. (STS de 17 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se pide la condena solidaria del médico que realizó la intervención y del Servicio Vasco de Salud al pago de

algo más de diecinueve millones de pesetas; en primera instancia se absuelve al médico y se condena al Servicio al pago de siete millones y medio de pesetas; en apelación se incrementa la indemnización a algo más de diez millones de pesetas, se confirma la absolución del médico y se condena al referido Servicio a todas las costas causadas en primera instancia; en casación se estima íntegramente el recurso interpuesto por éste, en base a los dos motivos recogidos, absolviendo a ambos demandados y poniendo a cargo de la parte actora todas las costas de primera instancia.

NOTA.—Sorprende la no aplicación del artículo 28 LGDCU, que si se invoca junto a la responsabilidad de particulares (el médico en este caso) y en el marco de la prestación de servicios médicos prestados a particulares, no parece inadecuada utilizar, para su reclamación, la vía civil (véase *infra* la STS de 9 de junio de 1998). Frente a los argumentos lógicos que hace valer la S extractada parece que deben predominar las exigencias que derivan de un precepto expreso e imperativo. En sentido condenatorio, véanse SS de 6 y 9 de junio de 1998 (extractadas *infra*) con base en el artículo 28 LGDCU, aunque no debe olvidarse la línea jurisprudencial contraria representada por SS de 29 de julio de 1994, 11 de febrero y 27 de junio de 1997. Por otra parte, no existe en esta sentencia constancia exacta de la fecha en que se produjeron los hechos (la S del Juzgado de Primera Instancia es de enero de 1993, por lo que cabe suponer que ocurrieron antes de promulgarse la Ley de 1992). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: asistencia deficiente al parto: secuelas irreversibles: deficiente funcionamiento del vacuo-extractor: derecho transitorio: responsabilidad del Servicio Andaluz de la Salud.—La demanda se basa en la deficiente atención prestada a la esposa durante el parto ocurrido en 1989, lo que motivó que el niño naciese con padecimiento de atrofia cerebral y gravísimas secuelas de carácter irreversible, que hacen inviable el valimiento por sí mismo del menor afectado, necesitando de forma constante, continua y permanente la presencia de una persona para cuidado, sin la cual ni siquiera podría realizar las funciones más primarias; el parto se presentó de forma normal y fue durante el mismo cuando se produjo el sufrimiento fetal agudo, provocado por un retraso en la expulsión, sin que los facultativos intervinientes pudiesen aligerarlo, ante el deficiente funcionamiento del aparato vacuo-extractor, cuya campana se escapó dos veces, y otra más al ser sustituida, sin que alcanzara la presión suficiente y sin que dicho aparato, único para todas las paritorios, se revisase preventivamente por el equipo de mantenimiento, ni por la supervisora de obstetricia, ni por los médicos hasta el momento de ser empleado. La STS de 26 de mayo de 1997, por idéntico motivo, declaró que aunque el órgano demandado no sea el Insalud, sino el Servicio Andaluz de Salud, se trata en todo caso de responsabilidad por daños, derivada de culpa extracontractual, producida en el ámbito del derecho privado, resultante influyente la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, que es la competente para conocer de esa situación, en razón del tiempo histórico en que los hechos tuvieron lugar, toda vez que la ley autonómica 8/1986, sobre el régimen jurídico de la entidad recurrente, adscrita a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, se remite a la ley de 21 de julio de 1983, la que en su DT 1.^a, para lo no previsto, hace aplicación de la LRJA de 1957 que implantó el sistema de la dualidad jurisdiccional, conforme a

sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden civil; se está ante una relación fuera del Derecho público, siendo de aplicación la doctrina de esta Sala respecto del Insalud, al encontrarse en idéntica posición el Servicio Andaluz de Salud, y converge su actuación en la procura de la salud de los enfermos, con el fin principal y objeto primordial de su actuación, de tal manera que cualquier actuación desviada de la correcta aplicación del arte y ciencia médica entra en la órbita civil.

Evitación del «peregrinaje de jurisdicciones».—Según la doctrina contenida en SS de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997, la evitación del *peregrinaje de jurisdicciones* es un principio procesal basado en la *vinculación más fuerte*, la *vis atractiva* (art. 9.2 LOPJ), el principio de economía procesal, la falta de normas procesales coordinadas que sanen *in radice* y con carácter previo el presupuesto referido al orden jurisdiccional competente, y la no extensión del *ius imperii* a actividades que pueden ser ejercitadas por sujetos privados dependiendo de razones de política legislativa; por ello, y para la presente contienda, la evitación del peregrinaje procesal es una de las consecuencias más claras del Derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva.

Responsabilidad por los dependientes.—La responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud nace de modo directo de la negligencia de sus empleados o dependientes, aunque se presente de modo difuso cual sea la persona determinada, de no serlo la Administración, a quien achacar la culpa en concreto, pues lo que se presenta con claridad meridiana es que hubo de ser persona del ámbito del Servicio Andaluz de Salud. (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se estima íntegramente en ambas instancias, y el recurso de casación se desestima con base en los argumentos de derecho transitorio que se extractan (en el FD 2.º se dice que al mismo letrado y en la misma representación se dijo lo mismo en S de 26 de mayo de 1997). La negligencia del Servicio Andaluz de Salud es evidente y clamorosa, siendo de notar que en la sentencia de la AP se añade que los 60 millones a cuyo pago se condena a aquél serán ingresados en valores seguros o en cualquier otra inversión de análoga clase, sin que se pueda disponer de dicha cifra hasta que el menor llegue a la mayoría de edad con plena capacidad, salvo autorización judicial; cláusula de estilo cuya inserción en esta clase de condena va generalizándose. En la rotundidad de los términos en que se expresa el TS puede haber influido el transcurso de diez años desde que los hechos se produjeron. No debe olvidarse, por otra parte, la transitoriedad de esta doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: daños causados a niño prematuro por aplicación de oxígeno en incubadora: fibroplasia retrolental: pérdida 95 por 100 de la visión: responsabilidad del Insalud: artículo 28 LGDCU.—El niño prematuro nacido en 1986 permaneció durante 56 días en la incubadora con una insuficiente vigilancia oftalmológica, recibiendo abundante dosis de oxígeno, que constituyen un factor de riesgo de la enfermedad contraída, lo cual propició, cuando no causó, la enfermedad que aqueja al menor y que ha causado la pérdida práctica de la visión, por lo que hay causa bastante para atribuir al Insalud la responsabilidad directa que lleva a su condena para indemnizar el daño causado; condena que también se justifica con base en el artículo 28 LGDCU, pues corres-

ponde al empresario —en este caso, el Insalud— responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, salvo que aquellos daños estén originados por la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que debe responder, lo que no ocurre aquí.

Doctrina de la unidad de la culpa civil: no procede aplicar la prescripción anual cuando los hechos pueden considerarse además violación contractual.—Aunque hay razones para admitir que la relación que une al Insalud con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución, ni indefensión de los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, admitir una u otra acción, siquiera no haya sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante, e inmutable, son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*; criterios jurisprudenciales que gozan de indudable continuidad, como se manifiesta en SS de 20 de diciembre de 1991, 11 y 15 de febrero de 1993, 1 de abril de 1994 y 18 de febrero de 1997; en aplicación de esta doctrina jurisprudencial cabe entender que la acción de responsabilidad ejercitada por el actor, erróneamente basada en el artículo 1902 CC, se halla vigente como sujeta al plazo general de quince años, lo que conduce a casar la resolución de instancia cuya causa determinante del fallo es el acogimiento de la excepción de prescripción anual.

Protección del menor: medidas de ejecución de la sentencia que condena a indemnizar sesenta millones de pesetas.—La indemnización que esta sentencia concede tiene la finalidad primordial de reparar, en la escasa medida de lo posible, la privación del sentido de la vista de un menor, y habida cuenta de lo previsto en el artículo 17 de la Ley de 1996 de protección del menor, a los efectos de asegurar la protección del mismo, corresponderá a los órganos judiciales encargados de la ejecución garantizar los derechos que le asisten a aquél realizando el seguimiento de la evolución del mismo en la familia; de ahí que se acuerde que durante la minoría de edad, cuantos gastos y detracciones se hagan de la suma concedida, o de los frutos, intereses o plusvalías de los bienes en que la misma se invierta, cuando sean superiores a la cantidad de tres millones de pesetas anuales, revisada cada año de acuerdo con el índice general de precios del INE, habrán de ser aprobados por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la presente resolución, oído el Ministerio Fiscal y atendida la finalidad protectora de la repetida indemnización; todo ello por analogía con el artículo 166 CC y sin que esta medida comporte incongruencia por exceso al no haber sido solicitada por las partes. (STS de 6 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Es de destacar que el recurso de casación se enfrentaba a dos sentencias desestimatorias en la instancia con único fundamento en la excepción de la prescripción anual de la acción ejercitada. Es de aprobar la estimación del recurso por el TS (Pte. Albácar López), aunque la casuística ofrezca sentencias anteriores en sentido contrario. La doctrina sobre la unidad de la culpa es fluida, aunque en el presente caso hay razones de justicia intrínseca para aplicarla en presencia de una desacertada fundamentación de la demanda. No por ser frecuente (casi cláusula de estilo) hay que dejar de denunciar el considerable retraso en resolver el recurso (en este caso, catorce años desde que se

producen los hechos). Resulta novedoso el apoyo en la Ley de protección del Menor de 1996 para justificar las singulares medidas adoptadas en fase de ejecución de esta S; la invocación del artículo 166 CC parece, al menos discutible, salvo que en la expresión de *objetos preciosos* se entienda incluido la disposición de un capital en dinero de sesenta millones de pesetas; quizá el artículo 158-3.º permitiría mayor cobertura legal bajo la genérica expresión de *evitar perjuicios al menor* (se supone que se trataría de los resultantes de una desacertada administración por los padres –no demostrada y por tanto sólo potencial– de tan importante capital, que la sentencia adscribe a un fin concreto y determinado); precisamente, la Ley de 1996 ha añadido al precepto un inciso final de naturaleza procesal. El bien meditado *voto particular* del Magistrado Marina Martínez-Pardo hace un detenido estudio de los preceptos de la Ley de 1996 relacionados con el tema, y pone de relieve que en el presente caso, las actuaciones procesales no revelan dato alguno que hagan sospechar la existencia de una situación de riesgo, que, por lo tanto, no puede ser *apreciada*, y en consecuencia faltan los presupuestos legales para tomar decisiones que afectan al contenido de la patria potestad, desconfían de la actuación de los padres, y establecen un sistema de garantías que constriñen su derecho-deber de administración y les imponen obligaciones sin acreditar la causa que las justifica. Tema abierto que, en términos generales, han propiciado las leyes intervencionistas en el ámbito familiar sobre adopción (1987) y protección del menor (1996), y que, a mi juicio, debe reconducirse bajo la óptica codicial. La bibliografía específica sobre el artículo 158 CC es escasa: (Castán Vázquez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, 1, pp. 554 ss.; O'Callaghan, *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, Madrid 1996, pp. 216 ss.). (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: secuelas de intervención quirúrgica para curar sordera: responsabilidad del Insalud: artículo 1903 CC.—La paciente que sufría de sordera en ambos oídos, tras ser sometida, primero, a una intervención quirúrgica que mejoró la audición de uno de ellos, posteriormente, no obstante el cambio experimentado en sus condiciones físicas, que agravaba los riesgos, fue objeto de una nueva operación para recuperar o mejorar la audición del otro, la cual fue origen durante su desarrollo, tras la administración de los productos anestésicos, de un *shock* anafiláctico que determinó un estado de coma irreversible, manteniéndose en situación de vida vegetativa hasta su fallecimiento; la absolución consentida del médico demandado no impide determinar la responsabilidad del centro hospitalario con base en el artículo 1903 CC. Esta última responsabilidad es de carácter directo y no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente, antes bien deviene insoslayable cuando el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables; no puede descartarse el carácter cuasiobjetivo de esta responsabilidad de modo que la liberación de la responsabilidad del empleador sólo cesa cuando pruebe que ha usado de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; la STS de 27 de enero de 1997 ha declara-

do que es preciso acudir a una interpretación, no sólo lógica, sino también sociológica, sin olvidar el soporte de la *equitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo.

Doctrina general sobre la aplicación del artículo 28 LGDCU a los servicios sanitarios.—Esta norma se inscribe en la línea de regular la responsabilidad civil por hechos de un tercero dependiente, y con referencia a los servicios sanitarios los somete al régimen especial de responsabilidad objetiva, presumiéndose *iuris et de iure* que éstos incluyen las garantías y los controles a que se refiere el párrafo 1.º, y entre tales servicios se encuentran los prestados por el Insalud, alcanzando necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. En relación con la responsabilidad del artículo 1903 CC, podrá coincidir en la culpa *in eligendo*, o *in vigilando* del personal dependiente, pero en el caso del artículo 28 se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos, median- te la configuración de la aludida responsabilidad prácticamente objetiva.

Doctrina de la unidad conceptual de la culpa: *da mihi factum, dabo tibi ius*.—Esta Sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida que considera inaplicable al caso el artículo 28 LGDCU por no haberse ejercitado la acción correspondiente, y sí, en cambio, la del artículo 1903 CC; tal idea descansa en la precitada noción de la acción como equivalente al derecho que se hace valer en juicio, con olvido de la más moderna noción de *objeto del proceso*, y aun de *pretensión*, que configuran el *thema decidendi* con mayor amplitud al hacerlo descansar en un componente fáctico de la *causa petendi*, que no puede ser alterado por el juzgador, mas también en unas indicaciones sobre el derecho aplicable que no vinculan a aquél; de aquí que cuando los hechos permanecen sustancialmente idénticos, la elección de la norma es función netamente judicial; sobre la llamada *unidad conceptual de la culpa* sostienen la misma doctrina las SS de 18 de febrero de 1997 y 23 de abril de 1998.

Responsabilidad del Insalud por negligencia de otros miembros del equipo que atendieron a la paciente.—Esta Sala hace suya la declaración fáctica que recoge la S de segunda instancia que no excluye que haya mediado negligencia en la actuación de otros miembros del equipo de profesionales sanitarios que atendieron a la paciente durante la intervención quirúrgica, y valora la desproporción del resultado habido entre una operación quirúrgica para mejorar la audición y la muerte que produjo la letal reacción letárgica, tras coma irreversible de la paciente por un *shock* anafiláctico, sin que conste en forma conveniente que los factores de riesgo concurrentes en la persona ya fallecida, ni el estado de los productos utilizados, fueran controlados convenientemente; en tal caso corresponde al empresario —el Insalud— responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, no concurriendo la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que éste debe responder. (STS de 9 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Notable S por la rigurosa argumentación tanto procesal como sustantiva (Pte. Almagro Nosete), que ha debido rebatir la utilizada por la AP para desestimar la demanda. Los hechos se recogen en el extracto por lo inusitado y por la falta de proporcionalidad entre causa y efecto (intervención para remediar sordera que culmina en coma y muerte ulterior). Solicitada una indemnización de veinte millo-

nes, el Juzgado de Primera Instancia otorga diecisiete contra el Insalud, absolviendo al médico. El razonamiento de la S de segunda instancia es simple: absuelto el médico demandado, por no apreciar en su actuación, culpa ni negligencia, no cabe extender la responsabilidad civil al hospital por la vía del 1903, ni menos por la del artículo 28 de la Ley de 1984 por suponer *mutatio libelli*. La S extractada rechaza acertadamente estos argumentos y estima el recurso, aunque maneja conjunta y alternativamente la existencia de responsabilidad cuasiobjetiva y por culpa o negligencia (¿acaso cierta *incomodidad*, o *falta de convicción* para aplicar el artículo 28 como fundamento único de la responsabilidad?). Un detallado seguimiento de la jurisprudencia de la Sala 1.ª, en orden a la aplicación de la LGDCU, puede verse en Esther Gómez Calle, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, 1998, pp. 1753 ss., expresando su opinión personal favorable a la aplicabilidad del mencionado artículo 28 a todo prestador de servicios sanitarios, sea público o privado; menciona, no obstante la posterior S de 19 de junio de 1998 que se desmarca de la anterior línea jurisprudencial y que opta por la doctrina mantenida por S de 17 de abril de 1998, extractada *supra*. Por razones de seguridad jurídica, ¿no debiera unificarse el criterio de la Sala 1.ª del TS en materia de tanta actualidad? (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Derecho de vuelo.—Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión —en caso de inmueble— no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo —lo que está encima— y al subsuelo —lo que está debajo—, siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad inferos*. Así el derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la S de 9 de julio de 1988. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad.

Fundamentos de la usucapión.—El fundamento de la usucapión —cuya justicia, necesidad y utilidad es hoy reconocida unánimemente— es doble: *a)* subjetivo: el abandono o negligencia por el titular del derecho y actividad posesoria por el usucapiente, y *b)* objetivo: seguridad del tráfico jurídico, interés social y económico en que se reconozca la titularidad del derecho en quien, a través de la posesión, aparece pública, social y económicamente como tal titular.

Usucapión: justo título.—El justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, como dice el artículo 1952 CC y añade el artículo 1953 que ha de ser verdadero y válido y el artículo 1954, que debe probarse. Se trata de un título que, como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real, como la *adjudicación en pública subasta por una entidad de derecho público*; que es verdadero y válido, pero que adolece de un defecto que precisamente es

salvado por la usucapión, pero por una causa externa al mismo no produce la adquisición sino que ésta se da por usucapión. (STS de 23 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. C. C. B. y otros interpusieron demanda de juicio de menor cuantía sobre declaración de dominio contra el Ayuntamiento del Casar de Cáceres y las demás personas cotitulares del dominio sobre el vuelo de unas determinadas parcelas solicitando que se declarase a los demandantes no sólo legítimos propietarios del suelo de las citadas parcelas, condición que ya ostentan; sino también legítimos propietarios del vuelo de las parcelas compradas al Ayuntamiento del Casar de Cáceres en subasta pública para la construcción de chalets y zonas de recreo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Cáceres dictó S con fecha 9 de septiembre de 1993 desestimando la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó S con fecha 22 de marzo de 1994 estimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

51. Comunidad de bienes. Actio communi dividundo.—La individualización imperfecta o aparentemente incompleta de las parcelas que se pretenden dividir impide la estimación de la *actio communi dividundo*, pues el demandante debe probar la existencia del condominio sobre la cosa.

Derecho a cercar las heredades. Carácter deslindador de las marcas.—Señala el TS que el artículo 388 CC no excluye la posibilidad de cercar las heredades mediante el empleo de marcas impresas en los árboles. Asimismo, considera que dichas marcas tienen carácter deslindador. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda, suplicando se declare que el terreno que constituye las zonas del monte de Villalba de Trapa denominadas «Ramila y Fontaiña» y «Carballal de Villalba» pertenecen en propiedad a demandantes y demandados en la proporción que se señala en el escrito de demanda; al mismo tiempo se solicita la división de la cosa común.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

52. Tercería de dominio.—Cuando la nulidad del título se hace valer como simple excepción el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciar, como establece la jurisprudencia, se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista (STS de 24 de julio de 1992). Mas si la nulidad se plantea, por vía de reconvencción será preciso constatar quiénes fueron partes en el contrato cuya nulidad se pida no para traer a ningún tercero al pleito sino para estimar, si alguno de los sujetos en la relación jurídico material, que conforma el título, no es parte en la tercería, y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario. Además la nulidad radical de un contrato puede aducirse tanto por vía de acción como de excepción, lo que no ocurre con la resolución contractual, que sólo puede ser postulada como efectiva acción. (STS de 27 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a D. M. G., doña M.^a D. R. V., doña A. P. G. y doña R. M.^a T. Q. formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Úbeda contra *F. I., S. A.*, y contra *F. HG., S. L.*, doña M.^a D. G. R. y don M. G. R., sobre tercería de dominio. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén dictó S con fecha de 10 de febrero de 1994 desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

53. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos.—Los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva comunidad, al no ser radicalmente nulos, sino meramente anulables, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad (treinta días) que establece la regla cuarta del artículo 16 de la citada Ley, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquiera otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*I. I., S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, contra la comunidad de propietarios *U. S. Park*, sobre invalidez de la Junta de Propietarios del día 26 de diciembre de 1989 y nulidad de todos los acuerdos en ella adoptados acerca de obras de cerramiento y puerta de acceso a la vía pública. El Juzgado dictó S con fecha de 6 de julio de 1992, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, dictó S con fecha de 11 de abril de 1994 estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

54. Propiedad intelectual.—El derecho de autor del guionista se tiene que incardinar en la versión definitiva de la obra audiovisual (arts. 93 y 87 LPI), pero siempre que en las modificaciones que se introduzcan en los guiones intervenga el autor de sus originales y siempre que se respete la idea y contenidos esenciales. Y es que de no ser así carecería de virtualidad alguna el derecho moral de autor de quien confecciona unos guiones originales para ser luego llevados a una obra audiovisual. En ningún caso, desde la configuración del derecho moral de autor que da la LPI de 1987 se puede dejar al arbitrio del director, productor o realizador la modificación más absoluta respecto de unos guiones originales. La LPI atribuye la propiedad de las obras de este carácter al autor por el solo hecho de su creación, estando integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley. Además, en las obras en colaboración, como son las llamadas audiovisuales, algunas aportaciones a las mismas (como son el guión, el argumento o la música) son plenamente individualizables, y si bien el director-realizador puede introducir en ellas, concretamente en el guión, que es el que aquí nos ocupa, las modificaciones que exija la específica naturaleza del medio por el que la obra audiovisual ha de ser

emitida, ello ha de entenderse en el sentido de que tales modificaciones sean meramente circunstanciales o accidentales, en cuanto exigidas por la especial naturaleza del medio de su emisión (televisión, en el presente supuesto litigioso), mas no cuando dichas modificaciones afecten a la esencia misma del guión tal como fue concebido y redactado por su autor. (STS de 22 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. M. del C., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Televisión Española, S. A.*, sobre derechos de propiedad y reclamación de cantidad, en relación con unos guiones que esta entidad le había encargado. La demandada *TVE, S. A.*, procedió a la producción reestructurando los guiones, y suprimiendo varios de ellos, rodándose a instancia de los realizadores por capítulos, cronológicamente y no por tramas argumentales como estaba concebida la obra, con lo que ésta sufre una sustancial modificación en cuanto a interés, profundidad, emotividad y al mismo espíritu de creación artística. El Juzgado de Primera Instancia dictó S en fecha de 12 de noviembre de 1993 estimando la demanda interpuesta. La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en S de 6 de octubre de 1994, estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

55. Montes vecinales de mano común.—La administración, disfrute y disposición de los montes en mano común corresponderá exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, la cual adoptará los acuerdos concernientes al uso, cesión y aprovechamiento mediante la mayoría de los partícipes. Y que en el caso de que no existan Estatutos para la regulación de lo especificado en el artículo 4.1 de la Ley de Montes Vecinales de Mano Común de 1980, el aspecto representativo estará fijado por una Junta provisional. Los Estatutos son, o así deben valorarse, como presupuestos, adjetivos o de formalización perfectamente acoplables a la relevancia jurídica de tales comunidades, pero sin que, por lo general, puedan enervar la posibilidad de que incluso antes de dicha constitución de Estatutos, y de Junta Provisional, la propia comunidad propietaria, que es la soberana tanto en la titularidad como en su decisionismo gestor o acervo de actos de cesión, puedan realizar los acuerdos de cesión correspondientes, sobre todo si se observa el carácter imperativo de la necesidad de que se acepten o acuerden por mayoría de los partícipes. (STS de 14 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. V. M., don M. A. C., don M. M. S. y don A. V. M. formularon demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Zamora contra el Excmo. Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada, la Junta de Castilla y León, los vecinos de Villarejo de la Sierra y don S. C. M. A. solicitando entre otros pedimentos que se declarase que la comunidad sobre los Montes de Valdecelas y Toza-Redonda debía regularse por medio de unos Estatutos, ajustados a la Ley de su regulación. Por el citado Juzgado se dictó S con fecha de 11 de octubre de 1993 desestimando la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Zamora dictó S con fecha de 14 de marzo estimando parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

56. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.—El proceso judicial sumario del artículo 131 LH constituye un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto, tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio, y aun cuando su regulación se tiene que acomodar a las específicas reglas contenidas en el precitado artículo 131, ello no impide su sometimiento a las prescripciones propias de la LEC, la que, en cualquier caso, siempre sería de aplicación supletoria. En este orden de cosas, y por lo que concierne a la observancia de los preceptos citados por la sociedad recurrente, no cabe establecer ninguna comparación entre el plazo prescriptivo señalado en los artículos 1964 y 128 CC y de la LH, respectivamente, para el ejercicio de la acción hipotecaria y el indicado de caducidad de la instancia en el 411 LEC, pues uno y otro se refieren a institutos esencialmente diferentes sin parangón posible entre sí. (STS de 25 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don L. M. y otros promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad *C. de A. de C.*, los consortes don F. J. R. y doña C. C. M. y la sociedad *I. A., S. A.*, sobre la nulidad de las actuaciones a partir de cualesquiera de los actos procesales denunciados como defectuosos (ineficacia de la certificación de dominio y cargas expedido por el Registro de la Propiedad en 8 de noviembre de 1981; caducidad de la misma, notificación de subasta, publicación de edictos, etc., y como consecuencia de ello, la nulidad de la subasta celebrada el día 16 de junio de 1988 y de todos los actos y resoluciones posteriores derivados de dicho acto de subasta. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet en S de fecha de 25 de junio de 1990 desestimó la demanda. La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó S en fecha de 12 de mayo de 1992, estimando el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

57. Procedimiento ejecutivo extrajudicial.—El llamado procedimiento extrajudicial, merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria sujetas a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 CE. Tratándose de leyes preconstitucionales, como la Constitución es ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la *cuestión de constitucionalidad*, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el TC. Conforme al artículo 117.1 CE, el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados (coerción, cautelar, documentación, disciplinario, etc.) dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración (no obstante esta primera en cuanto versa sobre materias disponibles cabe confiarla a la decisión de árbitros) y de ejecución (se entiende forzosa ya que siempre es posible el cumplimiento voluntario de las obligaciones ciertas o aceptadas), se desarrollan (a salvo las excepciones que la propia CE establece en favor del TC o de la jurisdicción militar) en el único marco posible del Poder judicial que tiene carácter exclusivo. El artículo 117.3 CE proclama, en efecto, que el ejer-

cicio de la potestad jurisdiccional, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción se complementan mutuamente, pues mientras el primero separa de la función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo o autoridad que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones. La función notarial, tan valiosa por otra parte, no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la jurisdicción voluntaria que no es en puridad actividad jurisdiccional. Consecuentemente, el artículo 129, párrafo segundo, LH debe considerarse derogado por la DT 3.^a CE por oposición al artículo 117.3 de la misma. (STS de 4 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. S. P. formuló demanda contra don J. R. G. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Onteniente sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales. El Juzgado dictó S con fecha de 13 de noviembre de 1992 desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, dictó S con fecha de 4 de febrero de 1994 desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Retracto. Consignación del precio mediante aval bancario. Validez.—El TS, con apoyo en la doctrina que emana de diversas SSTC (principalmente, STC 12/1992), admite el aval bancario como medio válido de realizar la consignación del precio del retracto exigida por el artículo 1618.2 LEC. (STS de 15 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. Z. y doña M. A. F. J. interponen demanda contra doña F. A. S., suplicando, entre otras cosas, la declaración del derecho de retracto de una vivienda y de un local comercial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS (SSTS de 24 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 9 de febrero, 20 de abril y 27 de septiembre de 1994, 30 de mayo de 1995 y 17 de junio de 1997) afirma que la consignación debe realizarse en metálico, negando la validez del aval bancario como instrumento para realizar la consignación del precio del retracto que exige el artículo 1618.2 LEC.

La presente STS, al admitir el aval bancario como instrumento válido para efectuar la consignación, implica un cambio en la orientación jurisprudencial sobre la cuestión. El TS utiliza dos argumentos para fundamentar dicho cambio de postura: a) aplicación de la doctrina del TC (entre otras, SSTC 3/1983, 59/1984, 46/1989, 121/1990, 12/1992 y 37/1995) que señala que los presupuestos formales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio *pro actione*. En concreto, la STC 12/1992 afirma que «las consignaciones procesalmente obligatorias deben aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y

desproporcionada, dedicando especial atención a la dificultad que, en el caso, pueda existir para consignar en metálico y admitiendo, si lo demandase la mayor efectividad del derecho fundamental, la posibilidad de ofrecer medios alternativos de garantía»; y b) lo establecido en el artículo 3.1 CC. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. La convivencia *more uxorio* no establece por sí misma ninguna presunción de comunidad o sociedad en cuanto a los bienes de los conviventes.—El motivo se desestima en cuanto a la alegada falta de convivencia *more uxorio*, pero ha de ser estimado en lo que respecta a la inadecuada deducción de la tan citada escritura de compra del piso de que existió «voluntad de constitución de un patrimonio único e indistinto» (FJ 4 de la S de la Audiencia). En la escritura lo que consta son las manifestaciones del comprador, don E. C. V., de que estaba casado con doña E. D. E.; del vendedor, de que parte del precio de la compra lo había recibido de don E. con anterioridad; y de doña E., de que subrogaba en la hipoteca que gravaba el piso. De tal escritura, por tanto, no puede deducirse aquella voluntad de constitución de un patrimonio común. Del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* (pues está demostrado que don E. no estaba casado con doña E.) no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los conviventes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes. Pero aquí no existe ninguna prueba de que el dinero con que se pagó el piso procediese de un acervo que era común de los conviventes ni que la hipoteca también se satisfizo con cargo a él ni a ningún patrimonio concreto. En estas circunstancias, no puede interpretarse que era voluntad de don E. constituir un patrimonio común con doña E. ni antes ni después de la susodicha escritura. Por no constar, ni consta siquiera que hayan tenido una cuenta corriente conjunta, ni separada.

El que don E. manifestase sobre su estado civil una falsedad, que en escritura pública de 28 de enero de 1988 justifica como un error que sufrió en la fecha de la escritura de compra del piso (6 de diciembre de 1973), nada obsta a lo expuesto, porque aunque se estimase el error no obstante su inverosimilitud total (nadie cree por error que está casado o que está soltero), de la simple mención del nombre de doña E. no puede deducirse unívocamente que quiso que ostentase los derechos de casada sobre el piso, pues era fácilmente descubrible el «error», con lo que aquélla se quedaría sin nada por no darse fuera del matrimonio la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos. Estamos simplemente ante una declaración falsa del estado civil por motivaciones que no constan en autos y que no pueden atribuir derechos a doña E., que sabía la verdad. (STS de 27 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La actora interpone demanda de reclamación de cantidad suplicando se dicte sentencia en la que se condene al demandado «a poner a disposición de la demandante los bienes que le correspon-

den por la liquidación de la sociedad conyugal acreditada». El Juzgado desestima la reclamación. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

NOTA.—Es de destacar la falta de coincidencia entre los nombres de las partes mencionados en los antecedentes de hecho y fallo de la sentencia y los que aparecen en los fundamentos de derecho. (R. G. S.)

60. Realización de mejoras en la vivienda familiar con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales. No son carga de la sociedad.—Afirma el TS que las mejoras realizadas, con posterioridad a la separación matrimonial, por uno de los cónyuges en el piso que constituyó la vivienda familiar, no pueden considerarse carga de la sociedad de gananciales, pues ésta ya estaba disuelta en el momento de realizarse las mencionadas mejoras. Asimismo señala que los bienes integrantes de la sociedad de gananciales quedan sometidos, hasta que se practique la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes (arts. 392 a 406 CC). (STS de 19 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. J. H. V. interpone demanda contra doña M. B. D., suplicando se acuerde la liquidación y adjudicación de los bienes que integran la sociedad de gananciales disuelta como consecuencia de una sentencia de separación matrimonial. La demandada no se opone a la liquidación de la sociedad de gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Doña M. B. D., al no estar de acuerdo con las partidas que se incluyen en el activo y en el pasivo de la sociedad, interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

61. Prueba de la paternidad.—La sentencia aquí recurrida no declara la litigiosa paternidad del demandado con base en la prueba de presunciones sino con apoyo en el hecho que considera probado, y que aquí ha de ser mantenido incólume, de la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción del menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa del demandado, tanto en primera como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya negativa, según reiterada doctrina de esta Sala, si bien no pueda, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concorra con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandante (madre del niño o niña) y el demandado, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, en cuanto posiblemente determinantes de la paternidad reclamada. Por otro lado, la conclusión probatoria de las referidas relaciones amorosas o sentimentales entre la demandante y el demandado (determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales) no la ha obtenido la sentencia recurrida por medio de la prueba de presunciones, sino a través de la valoración de las pruebas directas obrantes en el proceso (documental y testimonial), lo cual unido a esa pertinaz e injustificada negativa del demandado, en las dos instancias, a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión, obtenida por la Sala de apelación (en la sentencia aquí recurrida), de consi-

derar probada la paternidad del demandado con respecto al hijo de la demandante, al que se refiere este proceso.

Consecuencias de la negativa a someterse a la prueba biológica.—Es cierto que la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir *facta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad. (STS de 22 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor interpone en representación de éste demanda sobre reconocimiento de paternidad. La Audiencia —que revoca la sentencia desestimatoria del Juzgado— estima la petición y declara que el demandado es el padre biológico del menor condenándole además al abono de una determinada cantidad mensual en concepto de alimentos. Interpone el padre recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

62. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor.—No se comparten, como se razonará, los criterios que en su día expuso el Ministerio Fiscal, pues se apoya en el argumento erróneo de «que la reclamación de la paternidad se ejercita por un pretendido padre extramatrimonial, sin posesión de estado», sin tomar en consideración que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la STS de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya «posesión de estado» el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestra que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; más frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejerce la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2.º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor

del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada, entre otras, en SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: «La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como una verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de una acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la CE, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico que le niega la sentencia de instancia.»

Práctica de las pruebas biológicas.—La práctica de la referida prueba fue dificultada durante la primera instancia, pese a su pertinencia y utilidad, y solicitada, en momento procesal hábil de nuevo su práctica, en la segunda instancia, debió accederse a ello, para agotar todos los medios posibles con el fin de valorar adecuadamente la negativa sin que pueda alegarse como excusa «que no existe en nuestra legislación medio seguro que imponga el sometimiento a ella», especialmente a raíz de la STC de 17 de enero de 1994 que establece que la dicha prueba no vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física cuando se cumplen los requisitos que establece y que se dan en el caso de autos. Es cierto que no puede compelerse por medio del empleo de la fuerza a que se practique la prueba, pero sí, a advertir, con los apercibimientos de rigor sobre las consecuencias que pueden derivarse de la negativa, pues, aunque no se trate de equiparar dicha negativa a una *ficta confessio*, se convierte en el más valioso indicio que junto con otros permiten fundar la convicción del juzgador a favor de la paternidad, sin que estos otros indicios tengan que ser pruebas «contundentes», ya que si así fuera sobraría la prueba biológica, sino indicios serios de convivencia o relaciones sexuales entre la pareja al tiempo de la concepción. (STS de 30 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita en la demanda que se dicte sentencia por la que se declare la filiación paterna de un menor en la persona del actor, declarándose a la vez no haber lugar a la filiación paterna contradictoria en la persona del actual padre registral. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se desestima igualmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación ordenándose en el fallo reponer las actuaciones al momento en que debieron practicarse las pruebas biológicas interesadas. (R. G. S.)

63. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor.—Tal como viene estructurado el motivo, en realidad lo que en él se plantea es el tema relativo a la legitimación para accionar del señor P. P. —padre biológico del menor según los hechos estimados acreditados—, tema que

fue resuelto de manera favorable a dicho señor en razón al contenido del artículo 134 CC. Atendiendo a la literalidad de los artículos 131 y 134 del texto sustantivo, parece desprenderse una cierta contradicción entre ellos, pero la aparente antinomia entre uno y otro precepto –como ya quedó razonado en la S de 23 de febrero de 1990– «ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia al segundo, hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción del primero, ya que el artículo 134, cuyos términos de redacción son bien explícitos y no dejan lugar a dudas, permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, permitiendo colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo en que el progenitor no matrimonial puede acogerse a lo establecido en el artículo 134, lo que deviene avalado por el principio de veracidad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para hacerle coincidir así con la realidad sociológica», y semejante declaración y orientación jurisprudencial se encuentra en línea con la expresada en igual sentido en las SS, entre otras, de fechas de 5 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 19 de enero de 1990 y 17 de marzo de 1995.

Derecho de la madre a ejercitar la acción del artículo 134.—Este motivo refiérese a la legitimación para accionar correspondiente a la señora G. V., madre biológica del menor, respecto a su posibilidad de actuar como representante legal de su hijo, toda vez que el señor K. S. ostentaría la misma representación. Aunque cupiera comprender la posible colisión o contraposición de intereses que concurren al caso de autos y la no menor posibilidad de reproches que pudiera merecer la conducta de la madre en el terreno moral o ético, es indudable que no cabe desconocer su condición de progenitora del menor ni impedir, por ende, su derecho a ejercitar la acción prevenida en el artículo 134 CC, bastando esto, de por sí y sin necesidad de mayores razonamientos, en orden a entender que la señora dicha tenía plena legitimación para promover la meritada acción, sin tener que acudir al mecanismo de la legitimación por sustitución o en beneficio del menor, como se pretende por el recurrente. (STS de 14 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre y el pretendido padre de un menor interponen acción de reclamación de la filiación no matrimonial impugnando al tiempo la paternidad atribuida al marido de la madre. El Juzgado estima la demanda. Se desestima la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

64. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Posesión de estado: alcance del artículo 133 CC.—El mencionado artículo 133 CC, cuando habla de la constante posesión de estado para estar legitimado para exigir la declaración de filiación, no establece de una manera clara la legitimación activa, en un proceso de filiación, del presunto progenitor para reclamar la paternidad; incluso, una rápida interpretación literal del referido artículo, pudiera llevar a la conclusión que impide o niega tal legitimación. Pero, por otra parte, dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE.

Por eso no debe extrañar lo más mínimo que jurisprudencia de esta Sala haya iniciado una interpretación lógica del referido precepto; así la S de 8 de julio de 1991 establece que la posesión de estado, fue el fundamento de la pretensión, por lo que aducida al presentar la demanda, habilitaba al progenitor al ejercicio de dicha pretensión, esto es, desde el origen y en tanto en cuanto no se esclarezca

judicialmente si existía o no existía dicha posesión de estado, ha de entenderse que está asistido de tal legitimación activa, por lo que, si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial correspondiente será la desestimación de la pretensión, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma.

Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor: interpretación de los artículos 131 y 134 CC.—Por último, la recentísima S de 30 de marzo de 1998, observa en este sentido la cuestión al decir que la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero. Dicha sentencia dice literalmente: «que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la STS de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya “posesión de estado” el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestra que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejerce la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiendo cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113-2.º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada entre otras en SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: «La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como una verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya

determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de una acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la CE, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico que le niega la sentencia de instancia.»

Por otra parte, se puede añadir de una manera colateral, las leyes 70.2 y 71 de la Compilación de Navarra, permiten tal legitimación. (STS de 19 de mayo de 1998; no ha lugar; voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una demanda de reclamación de filiación no matrimonial paterna respecto de una menor cuya filiación no matrimonial sólo está determinada respecto de la madre y sin que conste que el actor esté en posesión de estado en relación con la niña. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia desestima el recurso de apelación promovido por la madre. No ha lugar al recurso de casación. El voto particular de don Antonio Gullón Ballesteros se apoya en una interpretación discrepante del artículo 133 CC. (R. G. S.)

65. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.—Para el TS, la interpretación adecuada de este precepto supone que las autoridades judiciales del Estado contratante requerido no podrán decidir sobre el derecho de guarda de los menores hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—El TS (reproduciendo la doctrina del TC) declara que el principio de tutela judicial efectiva, no sólo contiene el derecho a la obtención de un fallo fundamentado, sino también a la ejecución de dicho fallo cuando sea firme. De otra manera, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen, no serían más que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. (STS de 8 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Tras separarse de hecho de su cónyuge español, una ciudadana suiza regresa a su país acompañada de sus hijos menores. En Suiza inicia un procedimiento de divorcio en el que comparece el cónyuge español. En este procedimiento los esposos acuerdan conferir la custodia de los hijos a la madre en Suiza, sin perjuicio del derecho de visita del padre en España. El 13 de marzo de 1991, el tribunal civil suizo dicta sentencia homologando el referido «convenio». Mientras que se está tramitando el procedimiento de divorcio en Suiza, el marido solicita en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almería (último domicilio común) las medidas provisionales previas a la demanda de separación. Esta petición es denegada, tanto por el Juzgado como por la Audiencia.

Meses después, aprovechando la estancia de los menores en España (en cumplimiento del derecho de visita), el padre retiene a sus hijos más allá del tiempo que le corresponde y presenta una demanda de separación en un Juzgado de Almería. En esta demanda reclama, entre otros extremos, la custodia de los niños.

La madre, por su parte, solicita la restitución inmediata de los menores fundamentándose en el Convenio de La Haya. El Juzgado de Primera Instancia dicta un auto ordenando la restitución, que posteriormente es confirmada por la Audiencia Provincial.

Paralelamente al procedimiento de retorno, el Juzgado que había admitido la demanda de separación interpuesta por el padre, dicta sentencia por la que estima la demanda y otorga la guardia y custodia de los menores al padre. Posteriormente, la Audiencia Provincial dicta sentencia confirmando la de Primera Instancia, resultando imposible la ejecución del auto firme estimando la demanda de retorno. Contra esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación en interés de ley. El TS declara haber lugar al recurso. (*M. C. C. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

66. Incapacidad del testador: afección mental. Cuestión de hecho que aprecia la Sala de instancia.—Es causa de incapacidad para testar el no hallarse en su cabal juicio (art. 663.2 CC) al tiempo de otorgar testamento (arts. 664 y 666 CC); «la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia», dice literalmente la S de 27 de noviembre de 1995, con abundante cita de sentencias anteriores. En el presente caso, claramente las sentencias de instancia han afirmado que no se ha probado la incapacidad mental de la testadora.

En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la S de 27 de enero de 1998: «a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (S de 25 de abril de 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (S de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (S de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (S de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues

ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (S de 25 de noviembre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (S de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (S de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (S de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario “evidente y completa” (S de 8 de mayo de 1922, 3 de febrero de 1951), “muy cumplida y convincente” (S de 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945), “de fuerza inequívoca” (S de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (S de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (SS de 23 de febrero de 1944, 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre “cumplidamente” en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “enérgica presunción *iuris tantum*” (SS de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha rellenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (S de 23 de marzo de 1894); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que no puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (SS de 18 de abril de 1916, 16 de noviembre de 1918) pues el artículo 665 CC, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado» (S de 27 de junio de 1908).

Apreciación de la capacidad del testador por los testigos.—Se plantea la cuestión de si ha de constar expresamente en el testamento la apreciación por los testigos, de la capacidad del testador, según el Código civil en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos. El artículo 685 disponía: «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»; en el caso del Notario, exigía el artículo 695, último párrafo, que lo hiciera constar expresamente en el testamento, pero no se dispone lo mismo para los testigos por lo que, si no consta su apreciación, no es un defecto de forma que dé lugar a la nulidad. (STS de 12 de mayo de 1998; no ha lugar; voto particular del Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.)

HECHOS.—La testadora había casado en segundas nupcias con un viudo. En 1979 otorga testamento abierto en el que instituye heredero a su marido y, como sustitutos vulgares, en caso de premoriencia, a un

sobrino y a los hijos del marido. Entre octubre de 1980 y septiembre de 1981 se suceden los siguientes acontecimientos: la testadora es ingresada en un centro psiquiátrico, fallece su marido, una hermana de la testadora insta su incapacitación en razón de cuya declaración es examinada por un forense que dictamina demencia senil, seis meses después fallece. La hermana de la testadora interesa la nulidad del testamento y la delación de la herencia por las normas de la sucesión intestada basándose en la incapacidad mental de ésta y en que los testigos instrumentales no manifestaron expresamente que la juzgaban con capacidad para otorgar testamento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda pero, acogiendo la reconvencción de una legataria, declara la nulidad de un legado (como legado de cosa propia). Se desestima la apelación. Se estima el recurso de casación que interpone la demandante. Se interpone recurso de revisión, declarándose su procedencia y rescindiéndose la sentencia anterior del TS. Se devuelven los autos a la Audiencia para que a partir de la sentencia dictada en apelación usen las partes de su derecho según les convenga. Así, personadas y acreditadas, interponen recurso de casación las sobrinas y herederas de la demandante. No ha lugar.

El Magistrado Sr. Almagro Nosete formula un voto particular que sustenta en razones de orden procesal. (R. G. S.)

67. Prueba de la capacidad del testador.—En efecto, si el testador no ha sido incapacitado por resolución judicial, jugará la presunción de capacidad para testar *ex* artículo 662 CC (STS de 18 de marzo de 1988), que en el supuesto de otorgarse el testamento ante Notario, como ocurre en el presente litigio, viene sujeta a un cierto control no judicial, pues según el artículo 685.1 CC, el notario autorizante y los testigos instrumentales procurarán asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. El giro «procurarán asegurarse», que sustituye la expresión «deberán asegurarse», que aparecía en la redacción original del artículo, se interpreta en el sentido de que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos (STS de 30 de septiembre de 1966). Y, por tanto, este juicio favorable a la capacidad del testador, no puede tener otro alcance que el de originar una presunción *iuris tantum* de capacidad en el otorgante, que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1251 CC, podrá destruirse mediante prueba en contrario, como aquí ha ocurrido con la prueba pericial médica practicada. (STS de 18 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La hermana del testador impugna la validez del testamento. El Juzgado estima la demanda y declara su nulidad. Apela una de las herederas desestimando la Audiencia su recurso. Interpone recurso de casación otro de los herederos declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

68. Interpretación de las declaraciones de última voluntad.—La recurrente olvida la realidad de un precepto específico, el artículo 675 CC, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias, y en el motivo hace mención a la vulneración de una serie de preceptos atinentes a la de los contratos, sin tener en cuenta que la jurisprudencia ha mantenido sólo la aplicación de alguno de éstos —arts. 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285—, como complementarios o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el recha-

zo de los artículos 1286 a 1289 a ese fin, en cuanto contienen reglas de interpretación objetiva y se inspiran en los principios de autorresponsabilidad del declarante y confianza del declaratario, puesto que, como sostiene la STS de 3 de abril de 1965, luego seguida, entre otras, por las SSTS de 12 de febrero de 1966 y 29 de enero de 1985, «a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos *inter vivos*, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores».

La función de interpretar el testamento corresponde al juzgador de instancia.—Esta Sala ha declarado reiteradamente que la función de interpretar el testamento es del juzgador de instancia, la cual no es revisable en casación, salvo que sea ilógica, absurda o contraria a la Ley; de esta manera, aparte de otras, las SSTS de 26 de junio, 20 de septiembre, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero y 29 de diciembre de 1997; en dicho sentido, la STS de 30 de enero de 1997 dice que es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad correspondiente al Tribunal de instancia; así es (SSTS de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 29 de febrero y 9 de marzo de 1984 y 29 de enero de 1985), y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (STS de 4 de noviembre de 1961), cuando su interpretación cae en lo arbitrario (STS de 25 de abril de 1963), contiene un manifiesto error (SSTS de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965), es desorbitada (STS de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (SSTS de 10 de junio de 1964, 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965), ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (SSTS de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988). **(STS de 23 de junio de 1998; no ha lugar.)**

HECHOS.—Doña Josefa P. P. otorga testamento. A su muerte se enfrentan cuatro de sus nueve hijos contra los cinco restantes y cinco primos. La cuestión que les divide lleva a los primeros a impugnar las operaciones particionales realizadas solicitando además la declaración de que el legado que su madre hizo con cargo a los tercios de libre disposición y mejora, comprende toda la parte frontal del inmueble que ésta habitaba más las torres, el piso superior central de la parte delantera y el inferior de la misma. El Juzgado desestimó la demanda y su sentencia fue confirmada en la apelación. Tres de los demandantes interponen recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

69. Administración de bienes hereditarios. Normas rectoras.—Establece el TS que, a falta de disposiciones testamentarias que regulen las obligaciones y deberes de los administradores designados para la administración de los bienes hereditarios, éstos se rigen por las normas generales que recoge el Código civil para la administración de bienes ajenos.

Rendición de cuentas por los administradores de bienes hereditarios.—Indica el TS que, salvo que el testador disponga algo de forma expresa, lo relativo a la rendición de cuentas de la administración de bienes hereditarios se regirá por los artículos 168 y 1720 CC, que establecen que tal operación se ha de

hacer al finalizar el encargo recibido, como último acto de administración, a fin de que se pueda apreciar si se han cumplido las funciones que se encomendaron.

Recurso de casación. Momento al que se debe referir.—El TS sienta la doctrina de que el recurso de casación ha de resolverse en atención al tiempo y a las circunstancias existentes en el momento de interposición de la demanda, no a las que existan al interponerse el recurso de casación. (STS de 16 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El testamento de don P. S. J. A. establece como herederos por partes iguales a sus seis hijos, habidos de dos matrimonios diferentes. La administración de los bienes que éstos reciban por herencia la encomienda a dos de sus familiares (una hermana y un primo), excluyendo expresamente de la misma a la primera de las esposas del testador. Con respecto a dicha administración sólo dispone el causante que ha de ser conjunta y establece otra norma relativa a que los frutos que produzcan los bienes hereditarios se habrán de destinar por los administradores al cuidado, alimentación y educación de los hijos, constituyéndose el resto en depósito sin que puedan disponer de él los administrados hasta que cumplan veintitrés años.

Después de cuatro años, los cuatro hijos mayores de edad del causante interponen demanda contra los administradores de los bienes recibidos por herencia de su padre, solicitando, entre otros pedimentos, la presentación de las cuentas relativas a su actividad desde el momento del fallecimiento, así como la rendición anual de las cuentas a partir de ese momento. Esta demanda es desestimada en primera instancia. Recurrida en apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial la estima parcialmente. Los administradores de los bienes hereditarios recibidos por los hijos interponen recurso de casación ante el TS que es estimado. (A. M. M.)

DERECHO MERCANTIL

70. Competencia desleal. Cláusula general.—Según indica el TS, el artículo 5 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece una cláusula general en esta materia, cuyo significado y alcance ha de ser concretado posteriormente en los supuestos a los que se aplica. A través de ella se intentan prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en los supuestos concretos que regulan los artículos 6 a 17 del mismo texto normativo.

Acto de competencia desleal. Calificación.—Aludiendo al Preámbulo de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece el TS que son necesarias dos condiciones para calificar un acto como de competencia desleal: que se trate de un acto realizado «en el mercado» (es decir, con trascendencia externa) y que tenga fines «concurrentiales» (esto hace referencia a que se busque con ello promover o asegurar, mediante el acceso de mayor cantidad de consumidores o usuarios de un determinado mercado, la difusión de las prestaciones propias o de un tercero).

Definición de la buena fe en materia de competencia desleal.—Indica la jurisprudencia (entre otras, STS de 21 de septiembre de 1987) que el concepto de buena fe que se utiliza en esta materia es similar al que recoge el artículo 7.1 CC. Se trata, pues, de una buena fe objetiva, ajena a la intencionalidad del sujeto y

caracterizada por la exigencia, a la hora de ejercitar los derechos, de una conducta ética que ha de regirse por valores como la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atencimiento a las consecuencias que los actos conscientes propios originan en la confianza ajena. (STS de 15 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Junto a un local destinado a la venta de periódicos, revistas y golosinas, denominado *El Trampolín*, se encuentra situado un cine perteneciente a la *Cadena Clarín*. La sociedad propietaria del cine adopta el acuerdo de instalar en el interior de su local (obteniendo para ello la licencia pertinente) un servicio de cafetería, así como de venta de todo tipo de aperitivos y golosinas para los clientes que acuden a sus salas a ver las películas proyectadas. En la puerta de acceso al cine se coloca un aviso a través del cual se prohíbe la entrada de bebidas o comida del exterior.

Ante esta nueva situación, el propietario de *El Trampolín* interpone demanda por competencia desleal contra la cadena propietaria de los cines. Pese a su desestimación en primera instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso y la demanda inicialmente planteada. La *Cadena Clarín* interpone recurso de casación que es estimado por el TS. (A. M. M.)

71. Registro Mercantil: efectos de su publicidad.—El contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido y los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción. Por tanto el cese de don F. y doña T. C. L. como Consejeros-Delegados de la entidad mercantil *S. de O. e I. S. M., SAL*, acordado en la Junta General de Accionistas de fecha de 4 de octubre de 1990, cuyo acuerdo no fue inscrito en el Registro Mercantil, según también allí se dijo, no puede en modo alguno afectar a los compradores don V.-G. B. R. y don F. M. M.-G., que desconocían la existencia del referido acuerdo de cese y que, actuando con plena y absoluta buena fe, celebraron el contrato de compraventa litigioso, confiando plenamente en la exactitud de lo que publicaba el Registro Mercantil, en el sentido de que don F. y doña T. C. L., que intervinieron como vendedores, en dicho contrato, en representación de la expresada entidad mercantil, ostentaban el cargo de Consejeros-Delegados de la misma, por lo que el citado contrato de compraventa ha de ser necesariamente tenido por válido para dichos compradores. (STS de 17 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. y doña T. C. L., como Consejeros-Delegados de la entidad mercantil *S. de O. e I. S. M., SAL*, cuyo cese como tales había sido acordado y elevado a público pero no inscrito en el Registro Mercantil, vendieron un inmueble propiedad de la compañía a don V.-G. B. R. y a don F. M. M.-G., que ignoraban el cese de aquéllos. Don F. T. S. y don A. N. R., como nuevos representantes de la Compañía, formularon ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrejón de Ardoz demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, que dictó S en fecha de 31 de marzo de 1992 desestimando la demanda. La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, en S de fecha de 26 de octubre de 1993 esti-

mó el recurso de apelación interpuesto. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

72. Interpretación contra proferentem: artículos 1288 CC y 2 LCS.—El artículo 1288 CC, paradigmático en el tratamiento hermenéutico de las cláusulas oscuras establecidas en un contrato, ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con el tema de los contratos de adhesión (como lo es la póliza de seguros suscrita por la parte recurrente y recurrida), este precepto «establece —sigue la Sala— el principio que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación *contra proferentem vel contra stipulatorem*, como sanción por su falta de claridad al expresarse, y también como protección de la contraparte (SS de 4 de febrero de 1972 y 22 de febrero de 1979, como las más representativas). Pero es más, el artículo 2 LCS recoge esta tesis jurisprudencial de una manera clara y rotunda».

Este razonamiento lleva a nuestro Alto Tribunal a mantener, como lo hizo la sentencia recurrida, que la acción aseguradora cubría los daños y perjuicios causados por el material pirotécnico incluso cuando se encontraba en estado de almacenamiento inerte, y se incendiare por causas intrínsecas al mismo y a sus condiciones de depósito.

El artículo 20 LCS.—El recargo del 20 por ciento que establece el artículo 20 LCS, cuya naturaleza esencial, aparte de resarcitoria, se puede calificar como de punitiva o sancionadora, y que jurisprudencialmente ha sido calificada como de «multa penitencial», es perfectamente aplicable a la presente cuestión debatida. Pues dicho precepto no sólo es aplicable a los siniestros que afectan y surgen entre el asegurador y el asegurado, sino también cuando existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar. Entenderlo de otra manera supondría una contradicción abierta a lo dispuesto en el artículo 73 y ss. de la Ley de Seguro que se refieren al seguro de responsabilidad civil, a los que son aplicables las normas generales de dicha Ley, entre ellas sus artículo 20 y 38 que regulan el mencionado recargo. Tampoco se puede olvidar que el perjudicado —no asegurado contractualmente— tiene una acción directa contra la compañía aseguradora (art. 76). (STS de 21 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando V. B. y otros promueven demanda en juicio de menor cuantía frente a don Francisco Javier A. A. y la entidad aseguradora *Lepanto, S. A.*, reclamando la cantidad de 8.211.275 pesetas, más los intereses al 20 por 100 desde el tercer mes de ocurrido el siniestro en concepto de indemnización de daños y perjuicios y al amparo de la póliza de seguros que los cubría.

El Juzgado de Primera Instancia de Padrón desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de La Coruña en S de 20 de noviembre de 1993 revoca la de la instancia y condena solidariamente a los demandados a que abonen a los demandantes las cantidades solicitadas en la demanda. El recurso de casación interpuesto ante el TS fue desestimado. (V. M. L.)

73. Responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima.—El TS reiterando lo dispuesto en el artículo 262.5 en relación con el

artículo 260.4 LSA de 1989, exige la concurrencia de dos requisitos para que surja la responsabilidad solidaria de los administradores: en primer lugar, que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; en segundo término, que dichos administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución cuando se dé la circunstancia anterior.

Regla de juicio.—Afirma el TS que la regla del artículo 1214 CC (denominada doctrinalmente «regla de juicio») se aplica en todos aquellos casos en los que existe, dentro del proceso, una cierta labor probatoria. (STS de 18 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Angus Fire Armour Limited* demandó en juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, a la sociedad *Visansu, S. A.*, así como a don Julio C. A. y a su esposa doña M.^a Carmen V. P. A su vez, esta compañía se reserva el ejercicio de la correspondiente acción penal.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto únicamente por don Julio C. A. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

DERECHO PROCESAL

74. Reclamación administrativa previa. Finalidad.—Según la doctrina del TS (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 1995 y 27 de enero de 1997) la reclamación en vía administrativa que exige el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, como previa a las acciones fundadas en derecho privado o laboral dirigidas contra la Administración tiene por finalidad evitar que ésta quede involucrada en un proceso cuya iniciación no haya tenido oportunidad de eludir.

Similitud entre la reclamación administrativa previa y la conciliación civil.—La jurisprudencia del TS más reciente (sirvan de ejemplo las SSTS de 27 de febrero de 1987, 26 de mayo de 1988, 29 de octubre de 1992 y 31 de diciembre de 1993) estima que, a pesar de las posibles diferencias entre la reclamación administrativa y la conciliación civil, existe un gran parecido entre estas dos figuras, especialmente en su finalidad y efectos. A esta similitud se ha referido también tradicionalmente el legislador, como lo manifiestan la Real Orden de 9 de junio de 1847, la Ley de Bases de 11 de abril de 1868 sobre unificación de fueros y RD de 9 de julio de 1869.

Subsanabilidad del requisito de reclamación administrativa previa.—El TS declara repetidas veces (SSTS de 31 de diciembre de 1992, 28 de enero de 1993, 12 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1995 y 27 de enero de 1997) que la falta de reclamación administrativa previa es un defecto subsanable que no puede condicionar de forma absoluta el ejercicio de la acción a entablar. La similitud con el acto de conciliación civil, cuya obligatoriedad en el proceso civil fue suprimida en 1984, impide una interpretación radical de los efectos de la reclamación administrativa previa. Es un requisito meramente formalista que debe obviarse en aras de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante las operaciones de carga de un buque en el puerto de Castellón se desprende gran cantidad de material que había quedado dentro del grapín (o pala) de una grúa, resultando lesionado uno de los operarios que se encontraba en la bodega del barco. Dicho grapín se desplazaba abierto, lo cual, si bien es usual en las operaciones de carga (en las que tal instrumento se desplaza abierto, avisando unos operarios de su llegada a los trabajadores de la bodega, a fin de evitar este tipo de accidentes), no es el método más seguro de efectuar la operación. No existía tampoco techo de protección en la cabina que pudiera evitar las consecuencias lesivas de posibles desplomes de mercancías como el aquí acaecido.

El lesionado presenta escrito ante la Dirección Provincial de Obras Públicas e interpone demanda contra los operarios encargados de la grúa, así como los organismos, públicos o privados, y las entidades administrativas competentes en el puerto de Castellón, en reclamación de indemnización por responsabilidad extracontractual. La demanda se estima parcialmente, condenando a indemnizar al demandante. Interpuesto recurso de apelación, se estima parcialmente por la Audiencia Provincial, rebajando la cuantía de la indemnización. El recurrente acude ante el TS, el cual desestima el recuso de casación.

NOTA.—El artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, se encuentra en la actualidad derogado por la LRJPAC, como indica la DD 2.^a b) La regulación actual de los procedimientos contra la Administración en materia de responsabilidad patrimonial se recoge en los artículos 139 a 144 LRJPAC. La redacción de estos artículos ha sido recientemente modificada por la Ley 4/99, de 3 de enero, que instaura para todo procedimiento de responsabilidad en que se vea involucrada la Administración, una unidad no sólo jurisdiccional, sino también sustantiva (siendo derecho aplicable el que contienen los citados arts. 139 a 144 LRJPAC).

La razón por la que en la presente sentencia resuelve el TS el caso conforme al mencionado artículo 138 se encuentra en que los hechos que originan la demanda acaecen con anterioridad a la promulgación de la LRJPAC, motivo por el cual la legislación aplicable es la de 1958, actualmente derogada. (A. M. M.)

75. Objeto del error judicial.—Establece el TS (SSTS de 4 de febrero de 1988, 22 de julio de 1989, 31 de mayo y 26 de diciembre de 1995) que sólo se puede apreciar error judicial en el caso de resoluciones que contienen equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos enjuiciados, contradiciendo lo que es evidente, o en la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento (bien sea por aplicar normas inexistentes, bien por entender una norma en un sentido claramente fuera de su alcance). Tales resoluciones, a las que califica de esperpénticas y absurdas, quedan fuera de los cauces legales ya que resultan injustificadas desde el punto de vista del ordenamiento, cuya armonía rompen.

Pronunciamientos excluidos del objeto del error judicial.—A modo de listado, y recogiendo la doctrina de varias sentencias (entre otras, SSTS de 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994 y 12 de marzo de 1997), el TS niega que se pueda apreciar error judicial cuando se trate de una interpretación de las leyes que siga criterios racionales y lógicos que puedan ser-

vir de base para la formación de la convicción psicológica, aunque existan además otras posibles interpretaciones. Tampoco se podrá acudir a esta figura cuando se trate de conclusiones lógicas y basadas en normas del ordenamiento. Igualmente, no se puede utilizar esta figura para la mera revisión de los hechos o pruebas, pues no se trata de una tercera instancia.

Finalidad de la figura del error judicial.—El TS establece que a través de la figura del error judicial no se busca realmente corregir el desacierto de una resolución (ya que el pleno acierto de las resoluciones no es exigible, desde el momento en que no se opera en los procesos con una verdad material que únicamente pueda dar lugar a una solución), sino la dejadez, la falta de atención respecto a datos que resultan indiscutibles o la ausencia de interés jurídico que el juzgador ha manifestado en la misma.

Error judicial. Elaboración del concepto.—Declara el TS que si bien esta figura está basada en los artículos 121 CE, 292 y 293 LOPJ, su construcción se ha realizado realmente por la jurisprudencia, que ha perfilado su función, naturaleza y fundamento (a través de, entre otras, las SSTS de 26 de diciembre de 1995, 1 de marzo de 1996 y 13 de enero de 1998). (STS de 5 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Recaída sentencia en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, doña E. P. B. interpone demanda sobre declaración de error judicial respecto de la misma, ya que estima que le ocasiona graves perjuicios económicos.

Se opone a la demanda el Abogado del Estado, solicitando la declaración de improcedencia y desestimación de la demanda. Recabados los informes de la Audiencia Provincial y del Ministerio Fiscal, ambos resultan desfavorables. El TS desestima la demanda. (A. M. M.)

76. Sentencias. Necesidad de motivación.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1995 y 13 de abril de 1996) sostiene que la motivación de las sentencias, que exige el artículo 371.3.º LEC, es un requisito formal de las mismas que tiene rango de doctrina constitucional. En este sentido, no sólo aparece recogida en el artículo 120.3 CE, sino que resulta además inherente al derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 CE, en tanto que busca proteger frente a la indefensión. Se trata, por lo tanto, de una exigencia ineludible para la actividad judicial.

Finalidad de la motivación de sentencias.—Alude el TS a dos tipos de razones que justifican la exigencia de motivación de las sentencias. Por un lado, la facilitación del posible control o revisión jurisdiccional de las resoluciones a través de los recursos establecidos por la ley. Por otro lado, la plasmación de que la decisión judicial interpreta y aplica el derecho de forma ajena a todo tipo de arbitrariedad.

Motivación de las sentencias. Contenido.—El TS considera en varias sentencias (SSTS de 10 de abril de 1984, 17 de octubre de 1990, 7 de marzo de 1992 y 17 de febrero de 1996) que el requisito de la motivación de las sentencias se cumple cuando las mismas expresan las razones de hecho y de derecho que les sirvan de fundamento, siendo suficiente con indicar aquello que manifieste que la decisión adoptada está libre de arbitrariedad y responde a una concreta aplicación del derecho. La motivación debe incluir también el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión o fallo (art. 348.3.º LOPJ).

Falta de motivación de las sentencias. Incongruencia omisiva.—En opinión del TS (entre otras, STS de 3 de noviembre de 1997) concurre esta figura cuando se omite cualquier tipo de razonamiento en la sentencia respecto de alguno de los puntos esenciales que sirven de base a los fundamentos jurídicos de la decisión. No se trata, por tanto, de que la omisión afecte a cualquiera de las alegaciones de las partes, ni a la necesidad de declarar de forma específica los hechos probados, sino de que afecte a los aspectos determinantes del fallo.

Efectos de la falta de motivación de las sentencias.—Conforme a los artículos 1715.1.2.º LEC, 238.3 y 240 LOPJ, declara el TS que la estimación de este vicio en las sentencias conduce a su nulidad, así como la nulidad de todo lo actuado. En estos casos, el trámite ha de retrotraerse hasta el momento decisorio, siendo necesaria la promulgación de una nueva sentencia que resuelva motivadamente sobre el *petitum* de la demanda, razonando la pertinencia o no de las peticiones de manera que, en su caso, el TS pueda llevar a cabo su labor casacional. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. G. es propietario de una finca rústica, cuyos linderos están cercados por un muro, que consta inscrita en el Registro de la Propiedad. Ejercita demanda contra los propietarios de los terrenos colindantes, reivindicando una porción de terreno situada fuera de la parte cercada y solicitando además, entre otros pedimentos, que se proceda al deslinde y amojonamiento de su propiedad, previa declaración de los lindes de la misma, así como la nueva descripción e inscripción en el Registro.

La demanda es desestimada en primera instancia porque se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por uno de los demandados en su escrito de contestación a la demanda. Apelada esta sentencia por don J. F. G., considera la Audiencia Provincial que no cabe estimar en el caso la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, entrando a examinar el fondo del asunto, que desestima. El demandante interpone recurso de casación ante el TS, el cual lo estima. (A. M. M.)