

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derecho reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Responsabilidad extracontractual o aquiliana.–Para la afirmación de existencia de dicha responsabilidad, es unánime la doctrina (jurisprudencial y científica) en la exigencia de cuatro requisitos: 1.º acción u omisión antijurídica del agente; 2.º dolo o culpa del mismo; 3.º daño producido; 4.º relación causal entre la acción u omisión y el daño. En el hecho planteado, no aparecen las dos exigencias primeramente señaladas.

Abuso de derecho.–El ejercicio de un derecho es posible caracterizarlo como abusivo, siempre que reúna los siguientes caracteres: 1.º uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada de manera subjetiva, con el *animus nocendi* o intención dañosa que carezca de compensación equivalente. La inexistencia de abuso de derecho resulta de la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas. La presencia de *iusta causa litigantis*, sin embargo, excluye todo abuso de derecho. (STS de 30 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Por parte de la Comunidad de bienes *Himaga C. B.* se presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios de un inmueble sito en la ciudad de Zaragoza, en el Juzgado de Primera Instancia, alegando abuso de derecho en el ejercicio del interdicto de obra nueva, y solicitando la cantidad de veintitrés millones ciento ochenta y dos pesetas por los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las labores de construcción del edificio. Por parte de la Comunidad de Propietarios se presenta reconvencción. Se dicta sentencia condenando a dicha Comunidad de Propietarios a abonar la cantidad de siete millones trescientas sesenta mil pesetas, desestimando la demanda reconvenccional.

Apelada dicha sentencia, se revoca y se condena a la Comunidad de bienes *Himaga* a abonar la cantidad de dos millones ciento sesenta y seis setecientos cuarenta pesetas. La Comunidad de bienes presenta recurso de casación.

NOTA.—El ejercicio de un derecho subjetivo entraña una actitud en los demás de sometimiento, sin que dañe ilegítimamente a nadie, según la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*. En esta sentencia, el TS sigue la línea ya marcada en cuanto que el abuso de derecho es en sí un principio jurídico, pero entrecruzado con hechos que requieren su prueba, ya que se parte del principio de que quien usa de su derecho, no causa daño a otro (STS de 22 de junio de 1989). El abuso del derecho (Miquel González, voz «Buena fe», en la *Enciclopedia Jurídica*, pp. 831 ss.), consiste en una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos.

En cuanto a la inadmisibilidad del abuso en el ejercicio de acciones interdictales, es clara la postura tomada por el Alto Tribunal en los últimos años: para aplicar este criterio es necesario atender a la intención del autor, al objeto y circunstancias de la relación, que sobrepasen los límites normales del ejercicio del derecho, y por tanto, es preciso que la acción interdictal resulte ser «claramente infundada y así se declare en la sentencia» (STS de 15 de diciembre de 1992 y 5 de junio de 1995).

Es imprescindible que para enjuiciarse como infundada, «ha de extraerse del contenido de la propia sentencia recaída en juicio interdictal» (STS 3 de julio de 1997). El ejercicio de una acción interdictal aleja la doctrina del abuso siempre que exista justa *causa litigantis* unido a la carencia de intención de dañar, existencia de interés legítimo, o conducta de mala fe (STS de 10 de febrero de 1998), no procediendo la indemnización cuando la conducta en el interdicto «se reconoce alejada de todo reproche a título de negligencia» (STS de 28 de marzo de 1998), requiriéndose siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal. La Jurisprudencia exige en estos casos que la acción interdictal «se hubiera ejercitado con falta de normal prudencia, o se trate de supuestos que acrediten claro comportamiento abusivo» (STS de 21 de marzo de 1996). (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y a la intimidad.—El conflicto existente entre los derechos fundamentales del honor y de la libertad de información y de expresión se debe resolver mediante una ponderación de las circunstancias. La prevalencia del derecho a la información resultará en los casos en los que concurran las siguientes premisas: *a)* que sea veraz, *b)* referida a asuntos de relevancia pública, *c)* que contribuya a la formación de la opinión pública (SSTC 240/92 y 219/92).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional resuelve la colisión según las directrices que se exponen: 1.º) la delimitación de la ponderación ha de hacerse caso por caso; 2.º) ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información frente a los derechos a la personalidad, según su doble carácter de libertad individual y garantía institucional; 3.º) lo informado, para que prevalezca, es necesario que sea de interés público; 4.º) la libertad de expresión no puede justificar la identificación de una persona que la hagan desmerecer del respeto público; 5.º) la información deberá ser comprobada con profesionalidad informativa (SSTS 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).

Comprobación de la veracidad.—La veracidad exigida a la información no alcanza la imposición al periodista de obligarle a investigar más allá de hechos probados reflejados en sentencia de Audiencia Provincial, obligación que representa un excesivo quehacer profesional. (STS de 13 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ramiro G. M. promovió juicio incidental sobre Protección al honor y a la intimidad contra el diario *El País*, su director y el autor de un artículo (publicado en la sección de Tribunales) que consideraba como intromisión a su honor, debido a que en el mismo se notificaba acerca de la sentencia que el TS dictaba, y donde el demandante era acusado de denunciar al Ministerio de Trabajo, con firma distinta de la suya y haciendo constar como denunciantes a personas inexistentes; por otro lado, en el mismo artículo, el periodista comentaba los antecedentes del demandante por hurto, ante la posibilidad de que lo hubieran culpado teniendo entonces que ingresar en la cárcel, basándose en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y que posteriormente fue revocada.

El Juzgado estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a abonar solidariamente cuatro millones, además de publicar la sentencia firme. Se recurre en apelación, y la sentencia revoca la de la Primera Instancia. El recurso de casación interpuesto por los demandados condenados se basa fundamentalmente en la violación del artículo 7.7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

NOTA.—En la sentencia anotada nos encontramos de nuevo ante la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, sin que se desvíe del criterio casi unánime seguido por el TC en sus resoluciones más recientes. Recordemos que la posición del Constitucional ha variado desde la primacía de este último derecho, hasta llegar a una última fase que tiene su inicio con la STC 104/1986, afirmando que las libertades del artículo 20 no son sólo derechos fundamentales, sino que gozan de una trascendencia mayor. La delimitación en la colisión entre

ambos derechos «ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; y la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución, ostenta el derecho a la libertad de información» (STS de 17 de diciembre de 1997 y STC 40/92).

Con referencia al deber de diligencia en averiguar la certeza de lo informado, dicha exigencia proviene del deber del informador de contrastar las fuentes de información en orden a comprobar su veracidad, pero siempre empleando la diligencia media exigible a un profesional (STS de 11 de diciembre de 1995); pueden existir circunstancias que modulen dicha obligación, como es la fuente que proporciona la noticia (STS de 29 de abril de 1994), como en este caso es una sentencia de la Audiencia Provincial (en referencia a los antecedentes penales).

Es trascendente, como así aclara la sentencia, la ubicación de la manifestación (de los mencionados antecedentes) que pueda resultar intromisión. En este sentido, no es lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto (STS de 11 de septiembre de 1997); por otro lado, se ha de tener en cuenta el lugar en el que aparecen los reportajes dentro de cada ejemplar (STS de 31 de diciembre de 1996). (P. S. S.)

3. Derecho al honor.—Para concluir en que ha existido intromisión ilegítima en el honor, se ha de examinar tanto la ubicación de las manifestaciones, como su contenido y el interés que puedan producir. En cuanto a su contenido, las expresiones realizadas y basadas en experiencias personales que no falten a la verdad, limitan dicha intromisión, aunque contuviesen una crítica a su actuación profesional. Esto ha de relacionarse con el interés que susciten en la sociedad, pese a que los destinatarios de la noticia pudiesen ser limitados. Sin embargo, el que su ubicación restrinja su conocimiento, no influye en el momento de decidir si nos hallamos ante un interés general, ya que dentro de esos límites es posible hablar de interés en la información veraz y producida por quien se ve afectado de modo directo.

Personas jurídicas. Intromisión ilegítima.—En cuanto al ámbito de la actividad de sociedades mercantiles, la Ley de 5 de mayo de 1982 de protección civil de derecho al honor, es aplicable a las mismas, pero esto no es óbice para que en el terreno del prestigio profesional se admita la crítica y la censura. (STS de 27 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un matrimonio adquiere una vivienda con trastero y garaje en la localidad de Santander. Sin embargo, en dicha plaza de garaje no le cabía su automóvil, teniendo que abonar un sobreprecio para ello, u optar por la resolución del contrato. Ante dicha circunstancia, deciden hacerlo público mediante una carta al director en el diario local, informando en ésta además de la supuesta ilegalidad administrativa de la licencia otorgada por el Ayuntamiento para el ejercicio de la actividad de garaje (incurso en proceso que dio lugar a sentencia condenatoria). Posteriormente, el matrimonio resuelve el contrato. Se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de menor cuantía por la sociedad mercantil contra el mencionado matrimonio, solicitando declare que la carta publicada representa intromisión ilegítima al honor y prestigio.

La sentencia desestima la demanda, que es recurrida en apelación. Se confirma la sentencia mencionada, y la sociedad recurre en casación alegando infracción del artículo 7.7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

NOTA.—Se ha de reflejar la constancia en la sentencia en torno a la posibilidad de las personas jurídicas de ser víctimas de intromisiones ilegítimas a su honor. La jurisprudencia se había decantado a favor de esta postura hasta la STC 107/1988, de la que la doctrina deduce la negación del honor de las personas jurídicas, debido fundamentalmente a que el honor se fundamenta en la dignidad humana, y es imposible que sufran daños morales. Sin embargo, hecho indudable es que dichas personas, como entes sociales inmersos en el tráfico jurídico, poseen honor objetivo, con cierto prestigio profesional, y ello da lugar a afirmaciones tan rotundas como la de la sentencia de 9 de octubre de 1997: «la persona jurídica tiene derecho al honor protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 de la Constitución, regulado por la Ley 1/1982, de 5 mayo, y por la normativa procesal de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, y por tanto, tiene legitimación activa en el proceso». (SSTS de 20 de marzo de 1997, 9 de diciembre de 1993 y STC 139/1995). Aunque existen otras resoluciones en contra (SSTS de 28 de abril y 5 de diciembre de 1989), sin embargo, éstas no son las más recientes.

Por último, en lo que se refiere al interés general de la información, es doctrina aceptada por el Tribunal el que la libertad de información ha de prevalecer cuando la información transmitida sea veraz «y esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren», contribuyendo a la correcta formación de la opinión pública (STS de 28 de diciembre de 1996). (P. S. S.)

4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.—En la colisión entre el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1-d CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE), ambos derechos fundamentales, es doctrina jurisprudencial reiterada y uniforme que «la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión libre». (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José Ignacio Q. P. interpuso demanda de juicio incidental de protección del derecho al honor contra don Juan V. A. como consecuencia de dos artículos publicados en el diario *La Nueva España*, los días 21 de septiembre y 5 de octubre de 1992, titulados, respectivamente, *Llanes y la gran trama asturiana* y *Esto se parece cada vez más a Rumanía*, relativos al Plan Urbanístico de la ciudad de Llanes. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo de la misma al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, nuevamente, el TS reitera (SSTS de 29 de diciembre de 1995, 5 y 26 de junio de 1996, 25 de

noviembre de 1997 y 23 de febrero de 1998, entre otras muchas) la doctrina establecida por el TC sobre la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y las libertades de información y expresión. En estos casos, lo primero que procede hacer es determinar cuál de estas libertades es la que entra en conflicto (STC 172/1990), que en el presente es la libertad de información por cuanto que lo transmitido no han sido opiniones, ideas o juicios de valor, sino la narración de hechos y personas relacionadas con el plan de urbanismo de una ciudad.

Sentado lo anterior, se impone una tarea de ponderación de ambos derechos fundamentales, lo que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Oviedo y el TS acoge, afirmándose la prevalencia de la libertad de información cuando las noticias difundidas sean veraces y de relevancia pública por referirse a asuntos de interés general, por cuanto las noticias que cumplen ambos requisitos contribuyen a la formación de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (vid., por todas, STS de 6 de marzo de 1995). (A. G. C.)

5. Intromisión ilegítima contra el honor.—Nos encontramos dicha intromisión en expresiones vertidas que signifiquen un ataque ofensivo contra la persona afectada, con independencia de su veracidad o inveracidad. La regla constitucional de la veracidad da lugar a que no se otorgue protección «cuando se defrauda el derecho de todos a recibir información cierta y veraz y se impone la necesaria actividad de constatación» (SSTC 6/88, 170/90, 40/92; SSTS de 17 de marzo de 1992, 15 de junio de 1993 y 14 de diciembre de 1995).

La autoría de la expresión puede recaer en persona ajena del que informa, sin embargo, cuando se reproduce «se hace propia», con lo que no excusa que dicha expresión se acepte y se divulgue.

El ejercicio correcto del derecho a la libertad de información y expresión no deben cobijar expresiones que resulten atentatorias y que rebasen con creces los derechos mencionados. Se consideraría como ejercicio abusivo y desviado.

Los personajes públicos han de ser sometidos a la crítica social, no obstante ello no impide la defensa de su honor ante ataques mediante expresiones «necesarias e inoportunas» sin justificación alguna.

Consentimiento del ofendido.—La autorización ante las expresiones vejatorias ha de ser demostrado, partiendo de la base de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad. La concurrencia del ofendido en un programa posterior al que le ofendió no se considera como aceptación tácita de lo vertido anteriormente en el mismo. (STS de 31 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid sobre intromisión y ataque al honor mediante emisión radiofónica deportiva, interpuesta por don Ramón M. contra don José M.^a G. y *Antena-3 Radio*, basándose en la difusión en el programa radiofónico *Supergarcía en Hora Cero*, en el cual, a propósito de hacer unas críticas a unas expresiones del actor, se informa que el antiguo presidente del club de fútbol Real Madrid, don Santiago Bernabeu, en su lecho de muerte, hizo jurar a dos testigos que no permitieran «que este hijo de puta se haga con el Madrid», refiriéndose al demandante, junto con insultos y descalificaciones hacia su persona.

La sentencia estima parcialmente la demanda, declarando intromisión ilegítima contra el honor del demandante y condenando a abonar la indemnización por daños y perjuicios a los demandados solidariamente, así como la emisión radiofónica de la sentencia.

Se recurre en apelación, que confirma la de la Primera Instancia. Se interpone recurso de casación por violación del artículo 2.1 de la Ley 2/1985, de 5 de mayo, y el artículo 7 de la misma, en relación al 20.1 a) y d) de la Constitución.

NOTA.—El derecho al honor, como derecho de la personalidad, posee tres características (Rodríguez Guitián, en «Honor», *Enciclopedia Jurídica*, pp. 3336 ss): irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Sin embargo, la LO 1/1982 lleva a la conclusión de que estos caracteres no son absolutos, y así se permite al titular cierto margen de disposición del honor a través del consentimiento. No existirá intromisión ilegítima cuando el titular otorgue su consentimiento, y éste deberá ser expreso, aunque ello no significa escrito sino no presunto.

En cuanto a la utilización de expresiones que resultan atentatorias, y cuya autoría se debe a un tercero, la línea seguida por el Tribunal básicamente es la misma aquí recogida (SSTC de 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993 y 29 de abril de 1994). Se exige información veraz, «información comprobada según los cánones de la profesionalidad excluyendo invenciones, rumores y meras insidias» (STC de 12 de noviembre de 1990). La sentencia anotada, sin embargo, no hace hincapié suficiente en la averiguación de veracidad de la información que la doctrina del Supremo exige cuando pueda producir un descrédito en la consideración de la persona (STS de 29 de abril de 1994). Numerosas sentencias exigen para la prevalencia del derecho a la información en requisito de veracidad (STS de 17 de diciembre de 1997). (P. S. S.)

6. Derecho al honor y libertad de información y de expresión. Colisión entre ellos.—La colisión o conflicto entre el derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) y las libertades de información y expresión (art. 20.1-d y c, respectivamente, CE) debe resolverse de acuerdo con las directrices sentadas por la doctrina del TC, que son también seguidas por la jurisprudencia del TS. Conforme a estas directrices, la delimitación de los conflictos entre estos derechos debe hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, para lo que los jueces y tribunales ordinarios han de llevar a cabo una tarea de ponderación, atendiendo a determinadas circunstancias y teniendo en cuenta el carácter o posición prevalente, que no jerárquica, de las libertades de información y expresión en cuanto contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural en un Estado democrático (art. 1.1 CE).

En concreto y respecto a la libertad de información se exige, para su prevalencia: 1.º) que la información sea veraz, y 2.º) que se trate de una noticia de relevancia pública referida a asuntos de interés general, en atención a las materias tratadas y las personas intervinientes. Por lo que a la libertad de expresión se refiere, y además de la relevancia pública del asunto, es exigible que las opiniones, ideas o expresiones vertidas no hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto y reprobables a todas luces, sean cuales

fueren los usos sociales del momento, debiéndose analizar el texto publicado y difundido en su conjunto y teniendo en cuenta el contexto en el cual se utilizan.

El derecho al honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado.—«Conviene recordar, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de junio de 1988, que el derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, al ser un valor referible a personas individualmente consideradas, lo que hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador, pero que no son equiparables con el honor, y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión, debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde al honor». (STS de 31 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Javier M. M., Inspector Técnico de Educación, formuló demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra el Secretario General del Sindicato Comisiones Obreras, don Manuel M. R., tras la publicación, el día 26 de diciembre de 1990, de un artículo periodístico en el Diario *Melilla Hoy*, referido a la entrevista que determinados representantes sindicales mantuvieron con el demandante como consecuencia de la incoación de un procedimiento disciplinario a una profesora del Instituto de Formación Profesional de Melilla. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La STS de 31 de julio de 1998 es otro claro ejemplo de reiteración por parte del TS (SSTS de 6 y 25 de marzo y 30 de diciembre de 1995, 13 de diciembre de 1997 y 23 de febrero de 1998, entre otras) de la doctrina Constitucional (SSTC de 17 de octubre de 1991, y últimamente, de 7 de julio de 1997 y 28 de mayo de 1998, estas últimas citadas por la propia sentencia) relativa a la resolución de los conflictos entre los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de información y de expresión, exigiéndose, en estos caso, al Juez o Tribunal sentenciador que realice un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar qué haya de prevalecer.

En la sentencia que anotamos, establecida la veracidad y la relevancia pública de la información suministrada a través de un artículo periodístico (en atención a la materia tratada y por las personas a las que afecta) en orden a su prevalencia sobre el derecho al honor, se hace especial hincapié en que el derecho al honor debe ceder en mayor medida cuando se trate de personas de relevancia pública (STS de 14 de junio de 1996), siempre que las expresiones que se utilicen, referidas a una persona concreta e interpretadas en su conjunto y no aisladamente, no la hagan desmerecer de la consideración ajena, lo que no ocurre en este caso, que aquéllas no van más de ser calificadas de irónicas, y a lo sumo, poco cívicas.

Por último, el TS hace una referencia, *obiter dicta*, al significado personalista del derecho al honor, lo que ha conducido en algunos casos a no admitir que respecto a las personas jurídicas pueda hablarse de derecho al honor (STC de 8 de junio de 1988 y SSTS de 24 de octubre de 1988, 9 de febrero y 5 de octubre de 1989 y 6 de junio de 1992). En contra de esta doctrina se sitúan las SSTS de 28 de abril y 5 de diciembre de 1989 que defienden la postura contraria. Especialmente relevante es la STC de 11 de noviembre de 1991 en la que declaró que hay lesión al honor en los supuestos en que se ataca ilícitamente a un colectivo de personas, que trasciende a sus miembros. (A. G. C.)

7. Derecho a la propia imagen.—A los efectos de la protección dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se define la imagen como «la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción», siendo en sentido jurídico «la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen» (SSTS de 11 de abril de 1987, seguida posteriormente, entre otras, por las de 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992, 7 y 21 de octubre de 1996 y 30 de enero de 1998). En este sentido, la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen «no requiere, de manera esencial e ineludible que la persona aparezca identificable y reconocible con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento».

El consentimiento o autorización del titular del derecho.—A los efectos del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, «el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada». (STS de 18 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don José Luis A.-C. S. interpuso demanda de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra la entidad *Medios Informativos de Canarias, S. A.*, propietaria del periódico *La Gaceta*, y contra don Jorge B. G., Director del mismo, como consecuencia de haberse publicado en aquél una fotografía del actor, a cuyo pie podía leerse: «Los profesionales de la salud tienen el mismo derecho que los pacientes a mantener en privado su enfermedad, según la Comisión Nacional», lo que servía de soporte gráfico a una noticia sobre el virus del Sida. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y la revocó declarando la existencia de intromisión ilegítima contra el derecho a la propia imagen del demandante, pero no contra el derecho al honor y a la intimidad, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de cien mil pesetas y al pago de las costas en ambas instancias. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo únicamente en cuanto al pronunciamiento sobre costas.

NOTA.—En la presente sentencia el TS reitera que, para que exista intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no es necesario que la representación gráfica de la figura humana aparezca con total claridad, siendo suficiente con que la reproducción, en este caso por mecanismo fotográfico, permita de forma evidente e indubitada la

identificación de la persona. Dicha identificación evidente e indubitada es una cuestión de hecho que fue apreciada por la Audiencia Provincial con apoyo en las pruebas practicadas, básicamente testifical, y ello a pesar de que la imagen fotográfica aparecía un tanto borrosa. En este sentido, el TS ya había llegado aún más lejos en la S de 30 de enero de 1998 con la extensión del concepto de imagen «a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad».

Por otro lado y teniendo en cuenta que la fotografía que se publicó había sido publicada por primera vez en una revista, con consentimiento del ahora actor, de donde la recogió el diario *La Gaceta*, es interesante la afirmación del TS de que dicho consentimiento no es posible extenderlo a publicación distinta para la que fue tomada dicha fotografía. Todos estos extremos son coincidentes con los manifestados por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por lo que la casación de la sentencia se refiere únicamente al pronunciamiento sobre costas. (A. G. C.)

8. Títulos nobiliarios. Distribución en supuestos de posesión civilísima de los mismos.—Los que reciben los títulos nobiliarios sólo tienen con respecto a los mismos el uso y el disfrute, pero no son dueños, sino sólo poseedores de los mismos, careciendo del *ius disponendi* tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Por ello no se puede confundir la posesión civilísima de los títulos nobiliarios, proclamada en la Ley 45 de Toro y la Ley 1.ª, Título 24 del Libro 11 de la Novísima Recopilación, con la facultad de distribución de los mismos, contenida en el artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912.

La posesión civilísima transmite automáticamente el derecho de posesión de la dignidad nobiliaria, y otorga un mejor derecho a poseerla frente al poseedor legal, pero por sí sola «no puede desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado, hasta que no sea declarada por resolución judicial firme en el proceso contra el que legalmente lo viene ostentando» (FD 2.º). Mientras ello ocurra, «la poseedora civilísima no tiene más que una expectativa», puesto que «para ceder o, en su caso, distribuir, un título, es presupuesto indispensable tener la posesión legal y efectiva del mismo, nunca la simple expectativa más o menos fundada de llegar a poseerlo en tal forma» (STS de 7 de julio de 1986).

Petición de declaración de mejor derecho a poseer una dignidad nobiliaria. Solicitud previa o simultánea de declaración de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso.—Aquel que pretenda judicialmente su preferente derecho genealógico, en este caso según primogenitura, ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso. En virtud del principio *pro actione*, y superando una interpretación rigurosa, dicho presupuesto, se entiende cumplido aun cuando no se solicite explícitamente en el suplico de la demanda, pues la petición de que se declare su mejor derecho al título, «lleva implícitamente esa petición y no puede ser causa para que se deniegue la petición con respecto a la titularidad y mejor derecho de la merced» (SSTS de 28 de diciembre de 1993 y 4 de junio de 1998). (STS de 22 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El título de Conde de Valhermoso, creado en 1699 por el Rey Don Carlos II, fue rehabilitado en el año 1915 por don Fernando O. de M. y L. En fecha 10 de junio de 1977, doña M.^a Perpetuo Socorro O. de M. y R., prima de don Fernando, promovió contra él el correspondiente procedimiento judicial, solicitando se declarara su mejor derecho a poseer ciertas dignidades nobiliarias entre las que se encontraba el título de Conde de Valhermoso. Sin que hubiese recaído resolución firme sobre dicho procedimiento (STS de 5 de noviembre de 1982), en fecha de 10 de junio de 1977, otorgó testamento abierto en el que procedió a la distribución de una serie de títulos nobiliarios, entre ellos el de Conde de Valhermoso, con respecto a los cuales solo era poseedora civilísima frente a su primo don Fernando. De dicha distribución resultó adjudicataria del título de Conde de Valhermoso su hija doña M.^a Dolores B y O de M. El 15 de mayo de 1980 otorgó doña M.^a Perpetuo Socorro nuevo testamento abierto en el que declarando estar «a la espera de que se declare su derecho en las referidas mercedes nobiliarias», procedió a una nueva distribución del título litigioso de Conde de Valhermoso, esta vez en favor de su hija doña Blanca O. de M. y R. Producido el fallecimiento de doña M.^a Perpetuo Socorro el 20 de octubre de 1980, por Orden de 15 de noviembre de 1983, se mandó expedir Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Valhermoso a favor de doña M.^a Blanca B y O de M. Doña Dolores, primera adjudicataria, demandó a su hermana doña Blanca, solicitando que se declarase su mejor derecho a poseer el título de Conde de Valhermoso. Desestimada la petición en Primera Instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña M.^a Dolores.

NOTA.—No es la primera vez que el TS se pronuncia acerca de la distribución de títulos nobiliarios llevada a cabo por doña M.^a Perpetuo Socorro O. de M. y R. Por ello que se mantenga en la sentencia que anotamos el mismo criterio del anterior pronunciamiento del TS, en concreto la sentencia de 15 de diciembre de 1997, entre las mismas partes litigantes y en relación al título de Conde de Monteagudo de Mendoza. Ya en la anotación que realizamos sobre la misma (*ADC*), hicimos hincapié en la doctrina que el TS acerca de los presupuestos necesarios para la distribución de títulos, señalando que es necesario que, aquel que lleve a cabo la distribución o cesión, no sea simple poseedor civilísimo de la dignidad, y aún menos, tenga una expectativa más o menos fundada con respecto a la misma, sino la posesión real, efectiva y legal.

Sin embargo, y a diferencia de anterior sentencia anotada, no se pronuncia el TS acerca de la necesidad de la autorización regia al acto de la distribución, autorización con respecto a la cual en la jurisprudencia del TS de 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 13 y 25 de junio de 1996, se había exigido su carácter expreso, «que en cualquier momento podía ser cumplido» (STS de 5 de mayo de 1993), y no así carácter previo, tal y como exige la STC de 3 de julio de 1997 (FJ 14). (*R. D. O.*)

9. Títulos nobiliarios. Distribución. Premoriencia de uno de los beneficiarios de la distribución.—Realizada la distribución de títulos nobiliarios por escritura pública, y cumpliendo los requisitos contenidos en los artículos 12 y 13

del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, la premoriencia de uno de los beneficiarios con respecto al otorgante, en concreto del hijo varón primogénito, supone la recuperación por el otorgante de dicho título, en que posteriormente sucederá el hijo varón mayor, que en este caso resulta ser don Miguel.

Criterios preferenciales en la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios.—El orden regular de la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios se realiza conforme a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugado con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea; en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; y en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad, prefiere y excluye al menor (STS de 20 de junio de 1987, con cita de la de 8 de abril de 1972).

Constitucionalidad de los títulos nobiliarios y del principio de varonía.—Admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recurso histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —la vigencia del principio de varonía en el régimen de transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión. La sucesión en los títulos nobiliarios tiene lugar según lo dispuesto en la Real concesión o, en su defecto, por lo establecido en el precepto legal que determina el orden, la Partida 2.15.2.

La diferenciación que supone la vigencia del principio de varonía en la transmisión de los títulos nobiliarios está vacía de contenido material, ya que el fundamento de dicha diferenciación que incorporan los títulos nobiliarios ya no está vigente, teniendo un valor meramente simbólico.

Los títulos de nobleza se adquieren tal y como son, y no siendo discriminatorio la existencia de los mismos por su valor meramente simbólico, tampoco puede serlo la preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión en los títulos de nobleza. Así pues, «la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria a la Constitución Española» (FJ 17 STC de 3 de julio de 1997, núm. 126/1997, BOE de 18 de julio de 1997, núm. 171). (STS de 20 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Miguel de G. y TC, descendiente del primer Conde de Campos de Orellana, reunió en su persona los títulos de Marqués de Torre Cabrera, Conde de Campo Espina y Conde de Campos de Orellana. Casado con doña M.^a Dolores L y L, tuvieron cuatro hijos, doña M.^a Dolores, nacida en 1934, don Pedro, en 1936, don Miguel, en 1938 y don Enrique, en 1942. Por escritura pública otorgada el 3 de febrero de 1964, haciendo uso de las facultades concedidas en los artículos 12 y 13 del RD de 27 de mayo de 1912, procedió a la cesión y distribución de los títulos nobiliarios que disponía entre sus hijos varones, y en concreto reservando en favor de su hijo Enrique el título de Conde de Campo de Orellana. Tras el fallecimiento

to de don Miguel G. T. el 5 de julio de 1986, se expidió por Orden de 27 de septiembre de 1989, Real Carta de Sucesión al título de Conde de Campos Orellana, a favor de don Enrique G. L. Ante ello procedió doña M.^a Dolores G. L., interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra su hermano don Enrique G.L. solicitando que se declarase su mejor y preferente derecho, en su condición de primogénita, al uso y disfrute del título de Conde de Campo de Orellana. Desestimada la demanda en Primera Instancia y confirmado el fallo en Apelación, el TS, interpuesto el correspondiente recurso de casación, declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos mantiene la línea jurisprudencial iniciada por las SSTs de 11 de diciembre de 1997 (números 1116 a 1120/1997), y mantenida en las de 12 de diciembre de 1997 (números de 1109 a 1112/1997) y en las 1113 a 1115/1997, de 13 de diciembre), en las cuales se recoge, *ex artículo 5.1 LOPJ*, la tesis de la STC de 3 de julio de 1997 sobre la vigencia del principio de masculinidad, en igualdad de línea y grado (FJ 6). Argumentos tales como el carácter meramente simbólico de las dignidades nobiliarias, como una prerrogativa o preeminencia de honor, un *nomen iuris*, que no lleva aparejado en modo alguno *status* o condición estamental privilegiada ni ejercicio de función pública alguna, son los que tuvo en cuenta en su argumentación jurídica el TC. Sin embargo, distintas argumentaciones son las contenidas en los dos votos particulares de dicha STC. Las opiniones disidentes contenidas en los mismos no creen que los títulos nobiliarios como tal *nomen iuris* se agoten como tal, y aunque su relieve en la actualidad ciertamente es muy limitado, en relación con el artículo 14 CE y la preferencia del varón sobre la mujer en el sucesión *post mortem* de los títulos nobiliarios, «debe admitirse que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas y prácticas». (R. D. O.)

10. Incapacitación: causas y requisitos del artículo 200 CC. La capacidad de autogobierno y la existencia de tratamiento terapéutico.—La incapacidad de una persona es una categoría de producción judicial, que no emana de tal consideración en el ámbito estrictamente médico de índole psiquiátrico, sino de la concurrencia de las causas que el artículo 200 CC establece. Dicho precepto parte de una situación de hecho, la existencia de una enfermedad permanente o persistente, de carácter físico o psíquico. Como consecuencia de dicha situación de hecho, ha de encontrarse afectada la capacidad de autogobierno del sujeto, no sólo en el sentido de no poder decidir, sino que dejando a la persona a la merced de sus propios impulsos, pueda llevar a cabo una actividad calificada negativamente.

Las notas definitorias de la incapacidad son pues el carácter persistente o permanente de la enfermedad, y la imposibilidad de autogobierno, ya que lo importante no es tanto el origen patológico de la enfermedad o deficiencia como los resultados a los que ésta pueda conducir. En supuestos de enfermedades cíclicas, es necesario atender a la fase crítica de la misma, en la que reaparece con aguda intensidad la enfermedad, y ver como en esos momentos se encuentra afectada la capacidad de autogobierno del sujeto. Por ello, en aquellos supuestos en los que la sintomatología externa de la enfermedad queda excluida mediante el oportuno tratamiento terapéutico, de tal suerte que «la presunta incapaz, no

obstante de la enfermedad que padece, es capaz de tomar decisiones en cualquier orden de su vida, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno, tanto en el plano personal, como en el patrimonial», no podemos decir que se encuentre afectada la capacidad de autogobierno del sujeto, sin perjuicio de que, sobrevenidas nuevas circunstancias o agravamiento de la enfermedad, pueda plantearse nuevamente la cuestión.

Nombramiento de tutor para el presunto incapaz. Ámbito estrictamente personal: «tutor de la persona».—La parte actora, ante el temor de nuevos abandonos del tratamiento terapéutico de la demandada que le podrían llevar, como en otras ocasiones, a nuevos intentos de suicidio, la parte actora solicita su nombramiento como tutora con la única finalidad y función de evitar que su hermana pueda abandonar libremente el tratamiento, sin que le guíe «ningún interés egoísta» (FJ 2.º). El TS entiende que, aun «cuando en el plano ético pudiera ser respetable si es que fuera cierta esa intencionalidad de afecto fraterno de la actora —lo que desde luego, no resulta indubitado—, [...] sería tan limitada la incapacitación de la persona que prácticamente no sería necesaria la intervención de la persona que ejerza la tutela [...], sin que además, se pueda eludir la doble exigencia taxativa del citado artículo 200 CC» (FJ 2.º).

Modificación de la sentencia de incapacitación por circunstancias sobrevenidas: presupuestos.—Teniendo en cuenta que todos las instituciones tutelares previstas en el artículo 215 CC lo son en interés de la persona sujeta a las mismas, es lógico y coherente entender que, sobrevenidas nuevas circunstancias, ya sean favorables a la recuperación del incapaz, o, por el contrario, derivadas de un empeoramiento de la situación del mismo, tenga lugar una modificación o, en su caso, extinción del régimen (art. 212 CC). (STS de 28 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Caridad R. G. padece desde hace tiempo brotes esquizofrénicos acompañados de una depresión neurótica, como expresión de una descompensación de una personalidad anormal, con gran inmadurez afectiva. Tras abandonar el tratamiento terapéutico, tuvieron lugar varios intentos de suicidio. Doña M.^a del Carmen R. G., ante la situación psíquica de su hermana, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda contra su hermana, en la cual solicitaba que se dictara sentencia declarando la incapacidad de la demandada, y su designación como tutora para el cuidado de su persona y la administración de sus bienes. Desestimada la demanda en Primera Instancia, e interpuesto recurso de apelación contra la misma, la Audiencia Provincial confirmó el fallo. La representación de doña M.^a del Carmen R. G. interpuso recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 200, 212 e infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 210 CC.

NOTA.—El TS viene a reiterar su doctrina acerca de los requisitos que, *ex* artículo 200 CC, deben concurrir en los procedimientos de incapacitación. El libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 10 de la Constitución, se manifiesta en el ámbito jurídico privado no sólo en el principio general favorable a la capacidad de la persona, mientras no se demuestre lo contrario, sino también en la interpretación restrictiva de las limitaciones de la misma.

El supuesto anotado viene a plantear la posibilidad del nombramiento de un único tutor de la persona. Si bien tal figura es, desde el punto de vista legal, perfectamente viable, desde el punto de vista se

cuestiona la operatividad de dicha figura, sin ninguna conexión con el patrimonio, teniendo en cuenta la importancia de éste en el desarrollo de la persona y sus conexiones con la personalidad, y de otra parte, además de lo limitado de sus competencias, la posible inconstitucionalidad de dicha figura por estar implicados derechos fundamentales como la libertad de las personas, la integridad física y psíquica de las mismas. (R. D. O.)

11. Doctrina del levantamiento del velo.—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la CE (art. 1.1 y 9.3), según los casos y las circunstancias, por aplicar por vía equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), 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, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (STS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984 y 12 de febrero de 1993).

La teoría del levantamiento del velo (*lifting the veil*, creación de la jurisprudencia anglosajona), con intención de averiguar lo real en una evolución de una determinada o determinadas personas jurídicas, tanto en los supuestos en los que se pretende una incomunicabilidad de patrimonios de distintas sociedades, o de una sociedad con respecto a sus socios o a su socio único, o se utilice una sociedad como pantalla de otra, en todos ellos, con el fin fraudulento de incumplir un contrato, eludir responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc., cuando realmente no existan distintas personas jurídicas, estaremos ante un caso de abuso del derecho y de fraude.

Sin embargo, cuando las bases fácticas necesarias para la aplicación de esta doctrina, no han quedado suficientemente acreditadas por la sentencia de instancia, no cabe la aplicación, como en el supuesto que nos ocupa, de la doctrina del levantamiento del velo.

Infracción de la normativa relativa a la carga de la prueba y revisión de los hechos en casación.—Según jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del TS, el artículo 1214 CC no contiene ninguna norma valorativa de la prueba, sino que «solamente determina a quién incumbe la carga de la misma, por lo que sólo es invocable en casación cuando la sala de instancia, desconociendo dicha norma distributiva del *onus probandi*, ha hecho recaer la falta de prueba sobre la parte a la que no incumbía la carga de la misma». La infracción se produce cuando a la parte que no debe probar se le imputan las consecuencias de la falta de prueba (STS de 7 de octubre de 1997). (STS de 22 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *Hispano Olivetti Office, S. A.*, y *Olivetti Systems & Networks España, S. A.*, interpusieron demanda por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la entidad *Asesoría Técnica Industrial de España, S. L.*, y don Norberto N. V., don Joaquín N. V. y doña Isabel M., en reclamación de la cantidad de veintiún millones de pesetas, más intereses. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, se condenó solidariamente al pago de la cantidad reclamada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, condena solidariamente a la entidad *Asesoría Técnica Industrial de España, S. L.*, y a don Norberto N. V., absolvién-

do a los demás demandados y declarando la falta de legitimación activa de la entidad *Olivetti Systems & Networks España, S. A.* La representación de la parte demandante formuló al amparo del artículo 1692.4 LEC, recurso de casación, en primer lugar, por infracción del artículo 1214 CC, en relación con la doctrina jurisprudencial que ha recaído sobre el *onus probandi*; y en segundo lugar, por infracción del artículo 6.4 CC sobre el fraude de ley y la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de las sociedades mercantiles.

NOTA.—El TS viene a reiterar en la sentencia que anotamos, su línea jurisprudencial en torno al levantamiento del velo de las personas jurídicas y sociedades mercantiles, en supuestos de comunicabilidad de responsabilidad y de patrimonios. En el supuesto que anotamos, si bien como consecuencia de la falta de datos fácticos suficientes, no podemos conocer con respecto a qué sociedades mercantiles relacionadas con la *Asesoría Tecnológica Industrial Española, S. A.*, los recurrentes denunciaban la infracción de la doctrina del levantamiento del velo, el TS, con mención y citas de la jurisprudencia sobre el tema (SSTS de 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 10 de febrero, 24 de marzo y 25 de octubre de 1997) expone un resumen jurisprudencial sobre la cuestión. Si bien no hace mención a la STS de 25 de octubre de 1997, en la que se distinguió entre la técnica de «rasgar el velo», y la de «levantar el velo» de las personas jurídicas, técnicas si bien distintas pero con común fundamento y finalidad, expone la necesidad de penetrar en el *substratum* de las personas jurídicas, según los casos y las circunstancias, por vía de equidad y de la buena fe, para evitar que el abuso de esa independencia pueda ocasionar un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC) y daños tanto para terceros (art. 10 CE), como para los propios socios. (*R. D. O.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Nulidad del contrato de compraventa por inexistencia de causa.—El contrato de compraventa es inexistente, al faltarle el elemento de todo negocio jurídico que es la causa; al no haber precio, el negocio jurídico bilateral, contrato, de compraventa, cuya función objetiva es la contraposición entre entrega de cosa y pago de precio, carece de causa entendida ésta en el sentido objetivo que se deriva del artículo 1274 CC y al faltar este elemento no llega a existir. Como tal negocio jurídico que no ha llegado a existir, no produjo transmisión dominical a los compradores demandados ni puede afectar a los herederos y legitimarios demandantes.

Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos contra tercero.—Las partes otorgantes de una escritura pública pueden, de conformidad con la libertad de pacto que consagra el artículo 1255 CC, alterar o modificar lo convenido en esa escritura pública, pues la prohibición de modificación o alteración, contenido en el artículo 1230 del mismo Cuerpo legal, solamente se refiere a sus efectos contra tercero, pero no a la eficacia *inter partes* (S de 2 de julio de 1997). El documen-

to privado de 21 de noviembre de 1991 obliga y afecta a las partes intervinientes, pero no a los herederos legitimarios de la vendedora, que son terceros respecto al negocio jurídico —contrato de vitalicio— que se plasma en dicho documento privado. (STS de 28 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sra. Febes M. otorgó testamento en fecha 5 de noviembre de 1991, en que nombró herederos a sus dos nietos don César Gerardo y doña Leonor y legó a su hermana doña M.^a Jesús el tercio de libre disposición. El día 21 de noviembre de 1991, la Sra. Febes M., afectada por un proceso canceroso irreversible, vendió mediante escritura pública la nuda propiedad de todos sus inmuebles a su hermana doña M.^a Jesús y al marido de ésta. En la misma fecha, éstos suscribieron un documento privado, en el que manifestaron haber otorgado en aquella escritura pública un contrato vitalicio, por el cual la Sra. Febes M. había transmitido a su hermana doña M.^a Jesús y al marido de ésta la nuda propiedad de los bienes a cambio de haberse obligado éstos a pagarle una pensión vitalicia. Fallecida la Sra. Febes M. el día 5 de febrero de 1992, sus nietos don César Gerardo y doña Leonor interponen demanda contra doña M.^a Jesús y su marido, pidiendo que se declare la nulidad tanto de la escritura pública de compraventa como del mencionado documento privado, así como el derecho de cada demandante a una tercera parte indivisa de la herencia de la Sra. Febes M., con inclusión de los bienes transmitidos a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

13. Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión.—La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por un criterio contrario a la admisión de la validez de estas cláusulas. Así, la STS de 23 de septiembre de 1996, corroborada, entre otras muchas, por la de 4 de mayo de 1998, con apoyo en la Directiva de la Comunidad Económica Europea núm. 93/13, de 3 de abril de 1993, establece que 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. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El 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.». La transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usua-

rios de los servicios de mantenimiento de ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996. A este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la Ley de Consumidores y Usuarios. Este criterio se ha seguido posteriormente en varias sentencias, entre otras, la de 20 de febrero de 1998. Pero hay más, en el caso concreto de la entidad *Home English, S. A.*, ya la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1997 había llegado a igual resultado con fundamentos análogos, y muy recientemente la STS de 3 de julio de 1998 resuelve, en este sentido, un caso idéntico al presente.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que efectúa formalmente la transposición de la Directiva de la Comunidad Económica Europea núm. 93/13, de 3 de abril de 1993, al Derecho interno español, confirma y ratifica estos criterios. Debe tenerse presente que la nueva DA 1.ª LGDCU define como cláusula abusiva «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 aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato». (STS de 20 de julio de 1998.)

HECHOS.—Doña María Pilar R. T. había celebrado con *Home English, S. A.*, un contrato de adhesión en virtud del cual esta empresa le vendía material didáctico y se comprometía a prestarle sus servicios para aprender inglés. Surgida una controversia entre las partes por causa que la sentencia no indica, la empresa demandó a doña María Pilar ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. La demandada solicitó a otro Juzgado, el núm. 3 de Tolosa, que requiriese a aquél de inhibición. Requerido que fue, el Juzgado de Barcelona se opuso a la inhibición y remitió las actuaciones al TS, que consideró abusiva la cláusula de sumisión y declaró la competencia del Juzgado de Tolosa. (A. R. G.)

14. Congruencia de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de

pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia* (entre otras, SS de 11 y 17 de febrero y 31 de marzo de 1998). Y añade la sentencia 9/1998, de 13 enero, del TC: «Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes». No se da incongruencia en este supuesto y el primer motivo de casación debe ser desestimado.

Interpretación del contrato.—La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del contrato distingue el concepto y aplicación de las normas de interpretación, por una parte y, por otra, la función del órgano jurisdiccional en esta materia (entre otras, S de 17 de mayo de 1997). La interpretación del contrato —o de cláusulas contractuales— pretende la averiguación y comprensión del sentido y alcance del consentimiento, es decir, de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes. El Código civil da una serie de normas de interpretación a partir del artículo 1281 combinando los criterios subjetivos (averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes) y objetivo (significado objetivo, de acuerdo con los usos de las declaraciones). El punto de partida de la interpretación es la letra de la cláusula o cláusulas del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281: si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (SS de 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 29 de marzo de 1994 y 10 de febrero de 1997). Los términos del contrato son claros y no admiten duda: el contrato de seguro alcanza la cobertura hasta 5.000.000 de pesetas si el robo se produce «en ventanilla» y 50.000.000 de pesetas en cualquier otro caso. Por su lado, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante y reiterada en la doctrina de que la función de interpretación del contrato corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que haya sido ilógica, arbitraria o contraria a la Ley, especialmente a las normas sobre interpretación (entre otras, SS de 29 de marzo, 5 de julio, 7 de mayo, 9 de julio y 13 de julio de 1994, 31 de enero y 11 de febrero de 1997). La interpretación de las cláusulas literales del contrato de seguro que ha hecho la sentencia de instancia es ilógica, pues ha confundido «expoliación en ventanilla» (cláusula literal del contrato) con robo «en zona de ventanilla» y ha asimilado ésta a «zona buñquerizada»; es absurda, pues con esta interpretación, las entidades bancarias se apresurarían a sacar las cajas fuertes de las «zonas buñquerizadas», más seguras, si éstas, como en el presente caso, se confunden con ventanillas, con menor cobertura en el contrato de seguro; es contraria a la ley, pues lleva a una aplicación de la Ley de Contrato de Seguro por la que rebaja drásticamente el objeto de cobertura a indemnizar, en el caso de producirse el evento cuyo riesgo se ha asegurado. (STS de 10 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*Bankoa, S. A.*, contrató un seguro contra robo con la entidad *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*. Esta aseguradora se obligaba a indemnizar a la asegurada hasta el límite de 50.000.000 de pesetas, pero en caso de «expoliación en ventanilla» esta cantidad disminuía hasta 5.000.000 de pesetas. Producido un robo

en una zona «bunquerizada» de la oficina bancaria, situada entre las ventanillas de atención al público y dos cajas fuertes, *Bankoa, S. A.*, reclamó a la aseguradora la indemnización por el siniestro. Frente a esta reclamación, la entidad *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, estimó que la cantidad había sido robada «en ventanilla», por lo que el importe del capital asegurado era como máximo de 5.000.000 de pesetas, cantidad que entregó a cuenta. Interpuesta demanda contra la aseguradora, el Juzgado de Primera Instancia condena a la demandada a indemnizar al asegurado el daño producido por el siniestro, que cifra en 15.849.000 pesetas, por el daño remanente no abonado por la demandada y en 339.000 pesetas por el costo de peritación, más los intereses legales correspondientes. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de Primera Instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

15. Calificación de los contratos.—Si bien la calificación o interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado exegético por ellos obtenido puede ser sometido a revisión casacional, cuando el mismo sea totalmente ilógico, absurdo o irracional, conforme a las normas reguladoras de la hermenéutica contractual. Corresponde a esta Sala realizar la calificación del convenio, en cuanto ello integra una *quaestio iuris* que, conforme al principio *iura novit curia*, puede y debe ser resuelta en esta vía casacional.

Perfección del contrato.—La calificación del convenio litigioso como meros tratos preliminares, sin valor contractual alguno, ha de ser rechazada por absurda, ya que dicho convenio reúne todos los requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa) que determinan la existencia de un contrato.

Precontrato.—La esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo*, es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que aquél consiste en un «quedar obligado a obligarse».

Contrato sujeto a condición suspensiva.—El mero hecho de que la eficacia de un contrato definitivo se supedita al cumplimiento de una condición suspensiva no lo transforma en simple precontrato. Aun cuando, a efectos meramente dialécticos, admitiéramos que lo pactado por las partes fue un precontrato, no dejaría, por serlo, de estar sometida su eficacia a dicha condición suspensiva.

Duración de la fase de pendencia. Falta de fijación de un tiempo determinado para el cumplimiento de la condición.—La condición de quedar el local o locales libres de arrendatarios es de carácter positivo. El no haber pactado las partes plazo alguno para el cumplimiento de la misma plantea el problema de determinar el momento en que puede tenerse por incumplida dicha condición. Este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones negativas (art. 1118.2 CC), no se halla regulado expresamente por dicho cuerpo legal. Para llenar esta laguna debe acudir al párrafo segundo del artículo 1118 CC, aplicable a todo tipo de condiciones (con la obvia variación terminológica de tenerla por no cumplida, si es positiva, y por cumplida, si es negativa) que se hallen en el supuesto de indeterminación temporal aquí contemplado, ante el cual la condición (positiva en este caso) debe considerarse o tenerse por no cumplida si transcurre el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la natu-

raleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto del que aquélla se hizo depender (S de 5 de octubre de 1996). El plazo de seis años es muy superior al que verosímelmente hubiesen querido señalar las partes para el cumplimiento de la pactada condición suspensiva. En consecuencia, ha de considerarse o tenerse por no cumplida la condición suspensiva positiva y, por ende, sin eficacia alguna el contrato litigioso. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos sociedades mercantiles, *Ivarte, S. A.*, y *Servifilms, S. L.*, celebraron un contrato de sociedad, en virtud del cual la primera se obligaba a aportar varios locales y la otra a convertirlos en salas de exhibición cinematográfica. Hecho esto, el objetivo de las partes era que la propiedad de las salas y la empresa correspondiese a ambas por mitad. A tal efecto, se comprometían a transformar a su vez la sociedad constituida en una anónima, cuyas acciones debían repartirse a partes iguales. La eficacia del contrato de sociedad se subordinaba al hecho de que *Ivarte, S. A.*, desocupase a los inquilinos del inmueble, pero sin haberse previsto el plazo en que debía hacerlo. Por disfrutar los arrendatarios del derecho a la prórroga forzosa, previsto en la LAU de 1964 (art. 57), los locales seguían ocupados seis años después de la celebración de aquel contrato. Ante esta circunstancia, *Ivarte, S. A.*, decidió vender los locales a un tercero. *Servifilms, S. L.*, interpuso demanda contra *Ivarte, S.A.*, por incumplimiento de lo que consideraba un precontrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, sólo la revocó en cuanto a la condena en costas. El TS desestima el recurso. (A. R. G.)

16. Subsidiariedad y ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores frente al fiador.—El requisito para el ejercicio de la acción consistente en que en virtud del acto fraudulento no queden bienes para que el acreedor cobre lo que se le debe, ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido que: no es preciso que se declare la insolvencia en procedimiento previo; que, aunque puedan existir otros bienes, basta que no se conozcan otros que los objeto del contrato; que tampoco es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitar la acción rescisoria; y que todo ello es cuestión de hecho sujeta a la libre apreciación del tribunal de instancia (entre otras, S de 30 de enero de 1986). En el caso, se prescinde de la lógica que implica proceder contra los fiadores y no contra *Maquinaria Cerezo, S. A.*, precisamente por su situación de suspensión de pagos, tendente a un acuerdo de quita y espera que novaría perjudicialmente el crédito del Banco; y si lo que se pretende indicar es que debió agotarse el procedimiento de apremio contra el Sr. Agustín C., embargándose las acciones de *Maquinaria Cerezo, S. A.*, se prescinde nuevamente de que tal sociedad se encontraba en suspensión de pagos y, aunque el activo excediese en mucho al pasivo, dichas acciones carecían de valor real, teniéndolo sólo dudoso o fundado en meras esperanzas. El artículo 1111 CC no exige al acreedor el seguimiento del procedimiento de embargo hasta su final procesal, aun sabiendo que no conseguirá nada útil, sino el de que el deudor haya quedado insolvente para el pago de sus deudas, pudiendo probarse tal insolvencia con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido (S de 31 de diciembre

de 1997); como en esta última sentencia, ha de rechazarse el motivo, al estar el resto de los bienes sujetos a una suspensión de pagos y no tener utilidad práctica embargar unas acciones de la sociedad sujeta a tal procedimiento. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de enero de 1992 *Maquinaria Cerezo, S. A.* obtuvo del *Banco Vizcaya* un préstamo con vencimiento el día 26 de marzo del mismo año, garantizado por sus accionistas el Sr. Agustín C. y su esposa, Sra. Cesárea C., como fiadores solidarios. Impagado el préstamo a su vencimiento, el banco interpuso demanda de juicio ejecutivo contra dichos fiadores y se decretó el embargo de algunos de sus bienes. Sin embargo, los fiadores habían otorgado escritura pública de donación de los bienes a favor de sus hijos don Javier y don José, con fecha 9 de marzo de 1992; y éstos, a su vez, otorgaron escritura de opción de compra sobre los bienes donados a favor del *Grupo VH, S. L.*, el día 9 de abril de 1992. Por su lado, la deudora principal, *Maquinaria Cerezo, S. A.*, presentó solicitud de suspensión de pagos, incluyendo el *Banco Vizcaya* entre la relación de deudores, si bien del balance presentado no resultó que se hallara incurso en situación de insolvencia definitiva. El *Banco Vizcaya* interpuso acción revocatoria contra los fiadores solidarios, los donatarios y el *Grupo VH*, pidiendo que se declararan rescindidas por fraude las escrituras de donación y opción de compra mencionadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró la rescisión. El TS declara no haber al recurso de casación interpuesto. (J. M. B. S.)

17. Requisitos para la aplicación de la facultad moderadora de la responsabilidad del artículo 1103 CC.—La aplicación de esta facultad moderadora requiere la existencia, probada en autos, de una acción u omisión imputable a la víctima, que pueda ser calificada de culposa o negligente y que, sin anularlo, interfiera en el nexo causal que liga la conducta del demandado con el resultado dañoso acaecido.

La aplicación del artículo 1103 CC compete al Tribunal de instancia.—El uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptibles de casación. Ello se refiere al supuesto de que los mismos hagan uso de tal facultad como criterio ponderado racional lógico, pero no cuando extralimiten irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco aquellos supuestos en que ni siquiera se plantean la posibilidad de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso que se enjuició. (STS de 18 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa constructora recurrente en casación, fue codemandada por un trabajador de una obra que ejecutaba. El trabajador había sufrido diversas lesiones como consecuencia del desplome de un montacargas por rotura del cable, sin actuar el sistema de seguridad. El Tribunal de instancia y la Audiencia Provincial condenan a la constructora al pago de una indemnización. (M. C. P. A.)

18. Resolución de relaciones obligatorias de tracto sucesivo. Eficacia ex nunc.—Si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución con-

tractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual.

Calificación de los hechos constitutivos del cumplimiento. Revisión en casación.—La cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento contractual, además de una *quaestio facti*, la relativa a la existencia de los hechos constitutivos del mismo, que entra dentro de las exclusivas facultades del Juzgador de instancia, entraña una *quaestio iuris*, relativa a la calificación de esos hechos y su relevancia jurídica como causa de resolución, que puede ser revisada en casación, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial. (STS de 10 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*Lácteos Aragoneses, S. A.*, realizaba la distribución de los productos de *La Lactaria Española, S. A.*, a grandes cadenas alimentarias. Las partes habían pactado que el contrato tendría un plazo de duración de cinco años, durante los cuales ésta cedía parte de su plantilla de trabajadores a aquélla. Transcurrido el plazo, las partes decidieron prorrogarlo por mutuo acuerdo y consolidar la integración de la plantilla en *Lácteos Aragoneses, S. A.*, a cambio de una compensación económica. Con posterioridad, *La Lactaria Española, S. A.*, interpuso demanda contra la distribuidora, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento. La demandada formuló reconvencción, solicitando también la resolución, reclamando el pago de las cantidades que la demandante le adeudaba por suministros realizados desde 1989 y que se produjese la reintegración de la plantilla en la empresa originaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró resuelto el contrato, con condena a la demandada a satisfacer a la actora una suma de dinero en concepto de pago de ciertos suministros efectuados desde 1990 hasta la fecha de la misma, pero también estimó la reconvencción y condenó a *La Lactaria Española, S. A.*, a reintegrar a los trabajadores en su plantilla. Ambas partes recurrieron la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial de la misma ciudad, que desestimó el recurso de la demandante y estimó el de la demandada, absolviéndola de la demanda y estimando la reconvencción. La demandante recurrió contra esta decisión en casación. El TS estimó el recurso. (A. R. G.)

19. Prelación de créditos privilegiados.—Las Haciendas locales, entre las que se puede incluir las de las Comunidades Autónomas, según el artículo 2.2.º de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, en cuanto a la preferencia de créditos privilegiados, ostentarán las prerrogativas establecidas legalmente para el Estado; estando establecidas dichas prerrogativas en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, ya que a tenor del mismo la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurren con acreedores de créditos con derecho real. Por otra parte, el artículo 15 de la

Ley 40/1980, en la redacción dada al mismo por la DA 9.^a de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado –precepto presuntamente infringido en la sentencia recurrida según tesis de la parte ahora recurrente– establece que los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozarán de igual orden de preferencia que los créditos a favor de las Haciendas locales –léase autonómicas–. De todo lo anterior se deduce que la parte recurrente –Tesorería General de la Seguridad Social– está equiparada o en igualdad de condiciones con la parte recurrida –Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía–, en cuanto al parámetro de privilegio sobre bienes trabados por ambas entidades. Por lo que para dirimir la paridad entre una y otra será preciso recurrir a otros conceptos dentro de la categoría de créditos privilegiados, para que pueda actuar en consecuencia el artículo 1924 CC. En el presente caso, por lo tanto, habrá que recurrir a determinar la preferencia de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, sobre todo teniendo en cuenta que el crédito de la entidad recurrente no tiene como base un determinado crédito salarial, o por lo menos no consta. Por ello, puede afirmarse que la preferencia crediticia que pretende la parte recurrente ha de decaer ante la que obtiene la entidad recurrida, por aplicación directa del principio de temporalidad, pues siendo ambas entidades acreedoras doblemente privilegiadas –por título y por Registro– la anotación preventiva inscrita por la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía es anterior al de la Tesorería General de la Seguridad Social, con lo que marca la diferencia a favor de dicha Hacienda Pública, haciendo inviable la pretensión de la parte recurrente. (STS de 24 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.–El litigio tiene por objeto determinar la preferencia crediticia entre el acreedor ejecutante de su embargo, la Tesorería General de la Seguridad Social, y uno de los acreedores concurrentes, la Junta de Andalucía, sobre el remanente de ciertos bienes subastados de la entidad *Parque y Atracciones Tívoli, S. A. S. C.* Interpuesta demanda por la Hacienda autonómica andaluza, el Juzgado de Primera Instancia declara la preferencia de su crédito. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

20. La cesión del contrato es una figura jurídica atípica.–La cesión del contrato es una figura jurídica, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural, y que no aparece regulado en nuestro derecho normativo, salvo en la Ley 513 de la Compilación de Navarra, que la establece de una manera clara y concreta, y que desde luego ha de tener un enorme valor interpretativo para la aplicación de tal figura en el derecho común.

Concepto de cesión de contrato.–La cesión del contrato puede definirse como aquel acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación.

Efectos de la cesión del contrato.–La voluntad negocial en la cesión del contrato queda claramente proyectada en cuanto produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación bilateral a trilateral y produciendo como efecto característico que el cedente

quede desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar. (STS de 19 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad aseguradora, recurrente en casación, había sido absuelta en primera instancia y, posteriormente, condenada en apelación, al pago de los daños causados a terceros por el desplome de un muro de contención existente en la propiedad del demandante en primera instancia (recurrido en casación). La Audiencia Provincial entiende que tal contingencia se encontraba cubierta por la póliza de seguro que vinculaba al recurrido en casación y a la aseguradora. Sin embargo, la aseguradora alega que en realidad ella es cesionaria de la póliza suscrita en su origen por el particular y el cedente, que nada tiene que ver con la *litis*, y que, por tanto, estando expresamente excluidas de la póliza original las obras de reforma de las que emana la pretensión del asegurado, dicha exclusión seguirá vigente después de la cesión del contrato. (M. C. P. A.)

21. Existencia de contrato. Cuestión de hecho.—La existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por la vía adecuada, por error de derecho con invocación de la norma valorativa de prueba que se considere infringida.

Carácter consensual de la compraventa de cosa futura.—Conforme a los artículos 1445 y 1450 CC, la compraventa de cosa futura se perfecciona por el mero consentimiento y no está sujeta a ningún requisito especial de forma, sujetándose a la libertad consagrada en el artículo 1278 CC.

Promesa bilateral de compra y venta. Efectos.—El convenio de las partes puede mantener sustantividad como negocio preparatorio o precontrato por el que las mismas no quedan definitivamente vinculadas como comprador y vendedor, pero se reconocen la facultad de exigirse en el futuro el cumplimiento de la relación proyectada sin necesidad de nuevo consentimiento, porque la posibilidad de cumplimiento forzoso está unánimemente reconocida por la jurisprudencia (SS de 3 de marzo y 24 de diciembre de 1992 y 25 de junio de 1993).

Prestación del *id quod interest*.—Si el cumplimiento no fuere posible en la forma específica, por razones físicas o jurídicas, se sustituirá por el *id quod interest*, como la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactado en el escrito de la demanda y el que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otra de las mismas características. (STS de 11 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio R. A. y doña Antonia I. A. exigieron a don Ricardo M. U. y *Vendes i Construccions, S. A.*, que les entregasen la vivienda que les habían comprado. Aunque el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar había desestimado la demanda, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso interpuesto por los demandantes y condenó a los demandados a entregarles la vivienda, sobre la base de que independientemente de la calificación del contrato—venta de cosa futura o promesa bilateral de compra y venta—, los demandantes estaban facultados para exigir su cumplimiento. Los demandados recurrieron la sentencia de la Audiencia en casación alegando, por un lado, la inexistencia de contrato, y, por el otro, que se trataba tan sólo de un contrato preparatorio. El Alto Tribunal, después

de hacer notar la contradictoria fundamentación del recurso, lo desestimó. (A. R. G.)

22. Prohibición de compra de objeto litigioso por parte de abogado.—El artículo 1459 CC establece una serie de prohibiciones de tipo subjetivo para comprar, entre las cuales está la de adquirir bienes litigiosos impuesta a toda clase de personas, incluidos los abogados, que tienen relación con la administración de justicia.

Objeto de la prohibición.—La prohibición tiene como núcleo los bienes y derechos que son objeto de un litigio en el que el abogado interviene por razón de su oficio.

Carácter litigioso de un bien.—Tenga esta prohibición como base la prohibición del pacto *quota litis* o un supuesto de ilicitud por inmoralidad de la causa, la operación adquisitiva del abogado ha de recaer inequívoca y claramente en un bien o derecho sujeto a una controversia judicial. La jurisprudencia de la Sala tiene declarado que un bien es litigioso desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda. (STS de 8 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente, abogado en ejercicio, pretende que se revoque la declaración de nulidad de un contrato de compraventa, en el que él figura como comprador. El contrato de compraventa entre el recurrente y los recurridos se plasma en un documento privado de fecha 11 de marzo de 1991. El objeto de este contrato era una vivienda cuya inquilina finalizaba el plazo contractual el 2 de enero de 1991; el incumplimiento de este plazo da lugar, después de formalizado el contrato, a un pleito que afecta a la relación arrendaticia. (M. C. P. A.)

23. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.—La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece en su DA 7.^a, apartado 1, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario. Carente este contrato de una regulación jurídica privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la

intención y querer de las partes y no venir estructurando el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta.

Distinción entre contrato de *leasing* y de préstamo de financiación a comprador.—El arrendamiento financiero es contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Pacto de recompra.—En nada desvirtúa la naturaleza y contenido de las estipulaciones que confirman el contenido del contrato suscrito entre recurrente y recurrido, sino que, por el contrario, como señala la S de 10 de abril de 1981, ante un pacto de recompra por el vendedor, ello constituye un elemento de juicio que para algún criterio doctrinal confirma la realidad de un arrendamiento financiero y no de la apariencia simulatoria de un contrato a plazos.

Prenda de crédito.—El pacto por el que el vendedor garantiza en todo momento a *Leasing Pensions, S. A.*, el incumplimiento de todas las obligaciones contractuales y legales asumidas por *Centro de Litotricia* en el contrato de arrendamiento financiero, en especial el pago de los cánones pactados en el mismo y, en su caso, el pago del valor residual, pignorando a favor de *Leasing Pensions, S. A.*, el derecho de crédito que ostenta contra ésta en virtud del préstamo que le ha efectuado, quedando por consiguiente pignorados el capital y los intereses del préstamo que se devengue a su favor, no permite concluir la existencia de un contrato de venta de bienes muebles a plazos en que el verdadero *dominus negotii* sigue siendo la entidad vendedora-proveedora del equipo de litotricia y que la intervención de la entidad *Leasing Pensions, S. A.*, es meramente instrumental. Se trata de un pacto de garantía perfectamente válido y que en nada altera las obligaciones asumidas por los litigantes en el contrato.

Precio residual. Carácter simbólico.—Si bien en la S de 28 de mayo de 1990 se considera que un precio nominal o simbólico de la opción de compra permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, en el supuesto allí contemplado ese precio nominal o simbólico aparecía unido, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, a la imposibilidad resultante de esas circunstancias de que el arrendatario pudiese ejercitar en su momento el derecho de opción, característica esencial del arrendamiento financiero. Tal privación del derecho de opción no resulta en el presente caso. La doctrina recogida en la citada sentencia debe ser matizada en el sentido de la S de 28 de noviembre de 1997, al decir que sin que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, consistente en proclamar que al coincidir el precio de la opción de compra en su valor residual de una mensualidad de amortización sea un contrato de venta a plazos, y que ello pueda desvirtuar todo el contenido de los anteriores datos, puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del contrato de *leasing*: no existiendo otros elementos que permitan afirmar el carácter simulado del contrato en cuestión y la existencia de una disimulada compraventa a plazos, no resulta suficiente para llegar a esa conclusión la cuantía del precio de la opción, de acuerdo con la orientación recogida en la S de 28 de noviembre de 1997. (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—*Leasing Pensions, S. A.*, interpuso demanda contra *Centro de Litotricia Castilla y León, S. A.*, en la que solicitaba que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento financiero existente entre ambas. La sociedad de *leasing* formuló reconvencción en la que sostuvo que el contrato encubría otro de venta a plazos. Las partes habían previsto diversas garantías del cumplimiento de la parte usuaria. Así, el vendedor se comprometió a readquirir los bienes cedidos en el caso de impago por aquélla de cualquiera de los recibos representativos de las cuotas pactadas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona, como la Audiencia Provincial, Sección 1.ª, de la misma ciudad, rechazaron la tesis de la simulación y declararon resuelto el contrato por incumplimiento. *Centro de Litotricia* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, sobre la base de que el precio previsto para el ejercicio de la opción de compra que es esencial a esta clase de contratos era insignificante o simbólico. El Alto Tribunal desestima el recurso por las razones expuestas.

NOTA.—Esta sentencia sienta nueva jurisprudencia, al confirmar el criterio sostenido por la anterior de 28 de noviembre de 1997 (RJA 8273), que rechaza que el criterio del precio nominal o simbólico de la opción de compra sea decisivo para calificar un contrato como arrendamiento financiero o como compraventa a plazos de bienes muebles. Algunos comentaristas han aplaudido el cambio de orientación: primero Fernando García Solé, «La opción de compra en el *leasing*. Comentario a la sentencia del TS de 28 de diciembre de 1997 (La Ley, 1998, 1494)», *La Ley*, 1998-1, D-65, pp. 2057-2060; y ahora, Manuel Pedro Bernáldez Bernáldez, «El importe del precio previsto en la opción de compra del arrendamiento-financiero. Comentario a la sentencia número 779/1998, de 30 de julio, del TS (Sala 1.ª de lo Civil)», *RGD*, 1999, pp. 3585-3587. (A. R. G.)

24. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.—Con independencia de cuáles sean los contenidos del *leasing* o supuesto contrato financiero, si bien carece de estructura normativa positiva y se presenta en el tráfico mercantil como contrato novedoso, ostenta propia identidad y categoría jurídica, y cuya disciplina está en la espontánea concertación de voluntades que conforman la libertad de pacto, a tenor de los artículos 1255 y 1091 CC, configurando una estructura jurídica de elementos que se relacionan por la concurrencia de tres partes, es decir, el empresario o usuario que necesita los equipos industriales u otros bienes y es el que arrienda; la sociedad intermediaria de *leasing*, que se los facilita, al financiar con lucro la operación, y el vendedor, fabricante o distribuidor de los bienes que es quien los enajena a la entidad financiera (arrendadora en el contrato), la que puede pasar a ostentar condición de vendedora impresa, si se ejercita la opción residual fijada necesariamente, que por ser elemento esencial, ha de incluirse en la sinalagmática contractual a favor del usuario correspondiente (S de 7 de febrero de 1995). A su vez, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, definía el contrato de arrendamiento financiero así: «aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación, consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el

usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario»; y, sin embargo, carece de relevancia, a los fines de que cualquiera que sea la calificación del contrato, ello sea determinante de que concurra o no el presupuesto de la propiedad que es el objeto debatido en la tercería.

Contrato de *leasing*. Tercería de dominio interpuesta por la sociedad financiera.—Por estar constatado, es evidente que el propietario seguía siendo el cesionario, puesto que el cedente, en este contrato singular, de este supuesto arrendamiento financiero, es el que, según la propia Sala, le traslada en un acto de cesión bien atípico, la supuesta propiedad; por tanto, no habiéndose acreditado de forma evidente dicha titularidad dominical, y, por ende, también se carece del modo, porque dichos vehículos no desaparecieron de la posesión del usuario, pues consta que los bienes nunca salieron de la posesión del apremiado en todo momento situados en los locales de la empresa. (STS de 9 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*Envases Medrano, S. L.*, celebró con *Leasebanesto Sociedad de Arrendamiento Financiero, S. A.*, un contrato de arrendamiento financiero en su modalidad de *lease-back*. En virtud del mismo, aquélla transmitió a ésta la propiedad de unos vehículos, que recibió luego en calidad de arrendataria con opción de compra. Por impago de sus obligaciones para con ella, la *Tesorería General de la Seguridad Social de La Rioja* trabó embargo de los vehículos, ante lo cual la sociedad de *leasing* interpuso una tercería de dominio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Logroño desestimó la tercería, por considerar que el contrato de arrendamiento financiero no es transmisivo de la propiedad. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Logroño estimó el recurso de apelación de la tercería y declaró que los bienes eran propiedad de ésta. Contra esta sentencia recurrió la *Tesorería General*, que entendía que no había existido transmisión alguna del dominio entre *Envases Medrano, S. L.*, y *Leasebanesto*, lo que acreditaría el hecho de que la posesión de los bienes nunca hubiese dejado de estar en manos de la primera. El TS acaba acogiendo las tesis de la recurrente y casa la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—Existen diversas figuras de arrendamiento financiero o *leasing*. Se llama *lease-back* cuando una empresa, propietaria de un bien, generalmente de equipo, lo vende a la sociedad de *leasing*, que le cede su uso en virtud de un contrato de *leasing* (Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 740). Al final del período irrevocable, el usuario puede, igual que en todo *leasing*, ejercitar la opción de compra que es consustancial al contrato y recuperar la propiedad del bien. Todo parece indicar que éste fue el contrato celebrado por las partes, y por ello cabe defender que la tercería de dominio ejercitada por la sociedad de *leasing* debió ser estimada. (A. R. G.)

25. Contrato de arrendamiento urbano. Protección del arrendatario en caso de resolución del derecho del arrendador.—La sentencia de instancia considera que, una vez resuelta la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, el vendedor readquirente ha de soportar el arrendamiento concertado por el comprador antes de la resolución del contrato. La permanencia arrendati-

cia en la coyuntura de la extinción del derecho del arrendador surgió inicialmente en el Derecho con mención a las fincas rústicas, sin duda por la injusticia de que el arrendatario labrador pudiera ser privado de la tenencia del inmueble antes de la recolección de la cosecha con la pérdida de todo el esfuerzo empleado en el cultivo. Posteriormente, se amplió esa protección al inquilino de finca urbana, que se justificaba por la necesidad de procurarle una vivienda estable.

Venta quita renta.—La ley general no ha procurado una protección singular al arrendatario, por lo que, al desaparecer el derecho del arrendador, la locación se extingue y el nuevo titular no viene obligado a respetarlo, tal como acaece en el supuesto de transmisión contemplado en el artículo 1571 CC. Si la causa de extinción del derecho del arrendador deriva de la resolución de su derecho, la ley general distingue para cualquier supuesto y no sólo para el arrendamiento: si proviene del ejercicio de una acción personal, el arrendamiento puede permanecer cuando su titular posee los requisitos legalmente necesarios para su protección; si deriva del ejercicio por un tercero de un derecho real, la fuerza de oposición del mismo provoca la extinción del derecho de arrendamiento; si se funda en la extinción del derecho del arrendador, la resolución del arrendamiento deviene en secuela lógica, como para el usufructo dispone el artículo 480 CC.

Inscripción registral del contrato de arrendamiento urbano.—La LH de 1861 introdujo el acceso de los arrendamientos al Registro de la Propiedad, con lo que, si el arrendatario inscribía su derecho, permanecía a salvo del desahucio al enajenarse el inmueble, y, además, resistía las acciones de terceros cuando las mismas no se basaban en circunstancias provenientes del propio Registro. La citada óptica fue modificada al promulgarse textos legales especiales que, con la intención de incrementar la protección del arrendatario, extienden su campo de defensa fuera de los libros del Registro de la Propiedad. En la actualidad, la EM de la LAU de 24 de noviembre de 1994 hace hincapié en la voluntad del legislador de favorecer la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad mediante medidas de fomento.

Compraventa con pacto comisorio. Facultades del comprador.—En verdad, nos encontramos ante una temática no resuelta expresamente en la LAU, ni aclarada debidamente por la doctrina jurisprudencial. Para resolver estas cuestiones corresponde, en primer lugar, la determinación de si el arrendador, comprador de un local de negocio con pacto comisorio, tiene o no facultades para arrendar dicho inmueble; la respuesta será afirmativa, pues no existe ninguna traba legal para el ejercicio de dicha facultad, cuando, por lo demás, para hacerla efectiva, no es preciso poseer la cualidad de dueño, ya que otros sujetos sin este distintivo, como el usufructuario, se encuentran con aptitud para desarrollarla; y, como efecto de lo recién manifestado, es evidente que el pacto locativo existe y no se perjudica por la resolución del contrato de compraventa a causa de la falta de pago del precio. La circunstancia de que la compraventa con pacto comisorio hubiera accedido al Registro de la Propiedad no es óbice a esta conclusión. Aunque el potencial arrendatario, mediante la observación del contenido de la inscripción, se halle, obviamente, en condiciones de conocer con exactitud la estipulación indicada, sin embargo, la comprobación no sirve para difuminar los presupuestos de la aptitud de quien pretende arrendar, el cual no está incurso en cortapisas legales para participar como arrendador en el contrato.

Arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda. Enajenación de la finca arrendada.—El artículo 29 de la Ley 29/1994 dispone que, en la coyuntura de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendatario.

dor, excepto si concurren en aquél los requisitos del artículo 34 LH; y con arreglo a la legislación anterior, el adquirente de los derechos del arrendador quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del arriendo, salvo la prueba de que el contrato se hubiera concertado en fraude de ley. Al no haberse acreditado la concurrencia de fraude de ley, procede entender que se ha producido la subrogación del adquirente, en este caso readquirente, con lo que el contrato permanece vigente con todo su contenido. (STS de 21 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *El Tiburón Cachondo, S. A.*, vendió un inmueble de su propiedad a otra persona, que lo cedió en arrendamiento como local de negocio. La sentencia no nos informa de la fecha de este contrato, pero estaba sometido a la LAU de 1964. Ante el impago del precio, la parte vendedora declaró resuelto el contrato e interpuso demanda contra la arrendataria, doña M.^a Jesús E. R., en la que ejercitaba la acción de desahucio por precario. La demandada interpuso demanda reconventional, solicitando que se reconociese la existencia de un contrato de arrendamiento urbano, que le daría derecho a seguir habitando en el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia desestimó la demanda principal y estimó la reconventional. Recurrida su sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Murcia la confirmó. El demandante recurrió esta segunda sentencia en casación. El TS desestimó el recurso. (A. R. G.)

26. Cláusula de tácita reconducción y prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964.—Es claro que la prórroga del contrato no es la forzosa que ordena imperativamente el artículo 57 LAU de 1964 para el arrendador. Éste es el que tiene la posibilidad, mediante el requerimiento previsto en el artículo 1566 CC, de darlo por finalizado. Por ello, no es dudoso que la cláusula vulnera de una manera directa el citado artículo 57 y se opone al artículo 6 de la misma Ley. Evita la aplicación imperativa de las normas que imponen al arrendador la prórroga forzosa del contrato y hacen por lo tanto irrenunciable por el arrendatario aquel «beneficio» en la celebración del contrato. De ahí que la nulidad de la cláusula pueda ser declarada de oficio, por infracción terminante de un precepto legal que, además, está sancionada en el artículo 6 LAU de 1964 con la nulidad e ineficacia (SS de 17 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1993 y 24 de abril de 1997). Sin embargo, en atención a que la prórroga forzosa dejó de ser desde el RDL 2/1985, de 30 abril, una norma imperativa impuesta en los contratos de arrendamientos urbanos por desaparición de las necesidades económicas y sociales que justificaron su implantación, y en atención también a que el artículo 3.1 CC indica al intérprete y aplicador del Derecho que la interpretación de la norma jurídica ha de hacerse en atención a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, la declaración de la nulidad de la cláusula discutida no es proporcionada ni al espíritu ni finalidad del artículo 57 LAU de 1964, ni a la realidad social del tiempo en que se declara. No parece acorde con tales datos que el 14 de marzo de 1994 (fecha de la sentencia recurrida que contiene la declaración) se estime nula la cláusula en defensa de un inexistente interés legítimo en el mantenimiento del contrato, pues el arrendatario no alega el precepto legal infringido para ello ni para nada, sólo que puede desistir de él unilateralmente sin ningún efecto económico de acuerdo precisamente a la cláusula controvertida. Si este pleito hubiera tenido como objeto determinar si el contrato tenía que ser prorrogado obligatoriamente para el arrendador, es indudable que las normas protec-

toras del arrendatario hubieran desplegado su fuerza y plenitud jurídica. Pero si a dicho arrendatario no le interesa para nada esta protección, cuando ha desistido del contrato con abandono de lo arrendado y sólo se discute la indemnización que por ello ha de pagar, parece exorbitante y fuera de lugar declarar la nulidad de la cláusula porque no respeta la prórroga forzosa, y, además, declararla por entero, siendo así que hay partes de ella no afectadas por la nulidad (las referentes al desistimiento unilateral, que es admitido precisamente por el art. 56 LAU de 1964). Además de todo lo expuesto, la Audiencia debió de tener en cuenta que el arrendatario renunció a la prórroga legal, al desistir unilateralmente del arrendamiento, conducta que jurídicamente no conculca el artículo 6 LAU de 1964, pues el continuar o no la relación ya depende de él. (STS de 22 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El litigio tiene su origen en la cláusula decimocuarta del contrato de arrendamiento de un inmueble urbano celebrado el día 31 de octubre de 1984. Esta cláusula fijaba un plazo de dieciocho meses de duración del contrato, y permitía su tácita reconducción, por períodos de seis meses, salvo que, a la terminación del período inicial o de estos posteriores, alguna de las partes desistiera del contrato («lo dé por cancelado»), previo aviso a la otra de forma fehaciente con tres meses de antelación. Además, por medio de esta cláusula, las partes también convenían la obligación de la arrendataria de pagar, en caso de desistimiento, el precio total de los períodos de tácita reconducción, incluyendo la renta correspondiente a los tres meses de preaviso. Desistido el contrato por la arrendataria, las dos sociedades arrendadoras interponen demanda, en la que le reclaman el pago de la cantidad de 12.577.480 pesetas, de acuerdo con la liquidación prevista en dicha cláusula. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte: condena a la sociedad arrendataria a pagar a cada una de las sociedades arrendadoras la cantidad de 2.513.496 pesetas, con los intereses legales, como consecuencia del desistimiento; y a éstas a pagar a la arrendataria la cantidad de 2.842.100 pesetas, como resto de la fianza prestada por el arrendamiento. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por las arrendadoras y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. M. B. S.*)

27. La condición de cultivador personal del arrendatario como requisito del derecho al acceso a la propiedad de la finca arrendada.—El artículo 99 LAR establece distintos requisitos para que el arrendatario pueda acceder a la propiedad de la finca arrendada, entre los que destaca con carácter emblemático el de que éste sea cultivador personal de la finca en cuestión. De la literalidad de los artículos 15 y 16 LAR, se manifiesta una nota diferencial, entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal, radicada en la «exclusividad» que requiere éste y la «simple preferencia» a la actividad agraria que basta en aquél (S de 26 de febrero de 1994). (STS de 10 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. Pablo U. A., pensionista que con anterioridad había trabajado en el sector industrial, interpuso demanda contra la Sra. M.^a Teresa G. L. en la que solicitaba que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de unas fincas rústicas arrendadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación,

la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—El artículo 99 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de *Arrendamientos Rústicos*, ha sido derogado por la DD de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de *Arrendamientos Rústicos Históricos*. (J. M. B. S.)

28. No cabe más de una sucesión en caso de fallecimiento del arrendatario de finca rústica.—Es doctrina de esta Sala, tanto con referencia a la normativa arrendaticia anterior, como a la actualmente vigente, la de que, en caso de muerte del arrendatario primitivo, no cabe legalmente la posibilidad más que de una sucesión en la relación arrendaticia. Una interpretación racional del artículo 79 LAR, que regula la subrogación por causa de muerte del arrendatario, no permite la admisión de subrogaciones posteriores que, al no aparecer contempladas por el indicado precepto, no podían ser entendidas sino como una interpretación extensiva de una norma que, como limitativa de derechos dominicales, no puede ser objeto de tal clase de interpretación (SS de 14 de abril de 1980 y 27 de junio de 1995).

Carácter personalísimo del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada.—El derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado está configurado en su estricta dimensión, *intuitu personae*; es decir, que existe y opera y, como tal, en su caso, posibilita la conversión en su maximalismo patrimonial del propietario cuando persiste ese arrendatario, esto es, mientras vive el mismo, de tal suerte que con su muerte, desaparece el sustrato de subjetividad en la contemplación del cual está aquel derecho estructurado, salvo los efectos que de esa legislación especial se puedan derivar a favor de los continuadores del fallecido. (STS de 8 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. Manuel O. U. interpuso demanda contra el Sr. Antonio M.^a M. S., la Sra. M.^a Luisa M. S. y los herederos de la Sra. Ignacia M. S. en la que solicitaba que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de un caserío arrendado en su momento por su madre y abuelo y, por sucesión *mortis causa*, por su padre. Algunos de los demandados interpusieron reconvencción con la que pretendieron la declaración de resolución del contrato de arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial únicamente la revocó en lo referente al valor a abonar por parte del Sr. Manuel O. U. para hacer efectivo su derecho. Interpuesto recurso de casación por el Sr. Antonio M.^a M. S., el TS declaró que había lugar al mismo por haberse producido más de una sucesión por causa de muerte. (J. M. B. S.)

29. Contrato de obra ajustado a precio alzado. Aumento de obra.—Reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de junio de 1962, 16 de febrero y 18 de abril de 1965, 28 de marzo y 14 de octubre de 1996) ha interpretado el artículo 1593 CC en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo —lo que se conoce como aumento de obra—, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente. Asimismo, es doctrina jurisprudencial la de

que la declaración de la existencia del consentimiento del dueño de la obra al aumento producido es cuestión de hecho sometida a la libre determinación del juzgador de instancia que ha de ser respetada en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía adecuada. (STS de 2 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—*Adac, S. A.*, interpuso demanda contra don Francisco V. M., en la que le reclamaba que le abonase una suma de dinero por ciertas obras no presupuestadas que había realizado para él. El demandado formuló reconvencción exigiendo el pago de otra suma de dinero. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid estimó parcialmente ambas demandas, principal y reconvenccional, condenando a las partes a que pagasen la una a la otra ciertas cantidades. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado, que recurrió en casación. El recurrente alegó que la sentencia de instancia, al presumir que aquél había consentido las obras, había infringido el artículo 1214 CC sobre distribución de la carga de la prueba. El TS desestimó el recurso. (*A. R. G.*)

30. Contrato de obra ajustado a precio alzado. Aumento de obra.—El contrato de obra a tanto alzado puede modificarse introduciendo alteraciones o aumento de precios, ya que el artículo 1593 CC no contiene una norma de Derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes que no implica limitación a su voluntad contractual, sino un complemento de la misma, de manera que la fijación del pago del precio en el contrato de obra queda encomendada a dicha voluntad, y la autorización del dueño para las innovaciones no requiere constancia en forma determinada o documental, siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (S de 23 de noviembre de 1987). La autorización para las innovaciones no requiere constancia escrita ni en forma determinada (SS de 28 de octubre de 1989 y 23 de noviembre de 1990), siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (SS de 8 de enero y 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, 14 de febrero y 23 de noviembre de 1987), y una cláusula inserta en el contrato de ejecución de obra puede ser modificada verbalmente (S de 14 de julio de 1986). No cabe duda de que la concreción del precio puede determinarse, como en otros contratos onerosos, por dictamen pericial. Por último, en estos contratos, precisamente por tal carácter oneroso, las dudas han de resolverse a favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 CC, S de 8 de abril de 1987). Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias acordes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258), y como los derechos deben acomodarse en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y la ley no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (art. 7), no puede olvidarse que la inspiración del ordenamiento jurídico es contraria a cualquier forma de enriquecimiento injusto, especialmente cuando a la recepción de obra haya de concedérsele una significación sinónima a la de existencia de una previa autorización.

Acción directa de trabajadores y suministradores. Fundamento.—Conforme a este precepto, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación. Dentro de esos límites, nos encontramos con una acción directa, que se fundamenta en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción o especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi

deudor es también deudor mío», etc., y si la acción se dirige contra comitente y contratista, su responsabilidad es solidaria.

Acción directa de trabajadores y suministradores. Carga de la prueba.—Tiene que estarse en cuanto a la carga de la prueba a la doctrina general, porque el límite de la acción directa es la cantidad que el dueño de la obra deba al contratista, aunque en algún caso pueda exigirse la prueba a quien deba tenerla a su disposición (inversión de la carga, S de 2 de julio de 1997), sin que el adelanto de pago por el comitente al contratista afecte al subcontratista, ello no impide, en términos generales, que tratándose de una obligación que consiste en el pago de una cantidad, la exigencia de la prueba respecto al actor comprenda lo mismo la realidad de la obligación de pagar como la cuantía de la cantidad que se estime debida por el demandado, extremos no conseguidos por la confusa y abigarrada prueba del hoy recurrente, que reclama de cinco diferentes contratos de obra sin especificar lo correspondiente a cada uno, extremo necesario para ver en cada caso si concurren los presupuestos necesarios, cuando se acreditó que respecto de alguno de ellos se había satisfecho por el comitente la totalidad del precio. Y es, en definitiva, que se pretende, en este aspecto, un nuevo examen de la prueba, cuando la realidad es que ha resultado imposible determinar las cuantías. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Promosún, S. A.*, entidad dedicada a la promoción inmobiliaria, había encargado a *Natusa, S. L.*, la realización de unas obras por precio alzado. Una tercera entidad, *Salvado Bigorra, S. A.*, subcontratista de la empresa constructora, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Promosún, S. A.*, para que le abonase, por una parte, el importe de unos trabajos de electricidad y fontanería, necesarios para la habitabilidad del inmueble, no presupuestados por las dos primeras entidades y que por encargo de la promotora había realizado con entera corrección. Pese a ello, *Promosún, S. A.*, rehusó el pago por entender que no había tenido relación alguna con la demandante y que no debía nada a *Natusa, S. L.* El Juzgado de Primera Instancia de Reus desestimó la demanda, argumentando, por un lado, que no cabía admitir la existencia de una deuda por cantidades no pactadas, y por el otro, que no cabía entender aplicable la acción directa del artículo 1597 CC. La Audiencia Provincial de Tarragona desestimó el recurso interpuesto por la demandante. Recurrida esta sentencia en casación, el TS la revoca parcialmente y condena a *Promosún, S. A.*, a abonar dichos trabajos a la empresa subcontratista.

NOTA.—La sentencia es un ejemplo más de la laxitud con que la jurisprudencia interpreta las exigencias del artículo 1593 CC (entre las más recientes, SSTs de 7 de mayo de 1997, RJA 3873; 10 de mayo de 1997, RJA 3831; 25 de noviembre de 1997, RJA 8400; 16 de marzo de 1998, RJA 1570; 20 de marzo de 1998, RJA 1710; 2 de julio de 1998, RJA 5209; 31 de octubre de 1998, RJA 8165; 12 de enero de 1999, RJA 134, y 6 de abril de 1999, RJA 2657; véanse también las notas de Antonio Cabanillas Sánchez, en este Anuario 1980, IV, pp. 1000-1001; 1981, III, pp. 896-900; 1982, III, pp. 952-953; 1983, III, pp. 1025-1026; 1984, III, pp. 896-897 y 900-901; 1985, II, p. 473). No se pide autorización por escrito del comitente, sino que basta con una autorización tácita, deducida del hecho de que la obra era necesaria para la habitabilidad del inmueble y fue ejecutada correctamente, de modo que aprovecha al comitente. Además, confirma el

criterio de permitir el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC a los subcontratistas, en la línea de las SS de 24 de diciembre de 1980 (en este Anuario, 1981, III, pp. 898-899, con nota de Cabanillas); 11 de octubre de 1994, RJA 7479 (y en este Anuario, 1996, III, p. 1374, con nota de Gabriel García Cantero), y 2 de julio de 1997, RJA 5474 (y en este Anuario, 1998, III, pp. 1571-1572), entre otras. (A. R. G.)

31. Usura.—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato (S de 29 de septiembre de 1992) y es la realidad socioeconómica de entonces la que ha de contemplarse y no la actual. De esta manera, no alcanzaba la calificación de préstamo usurario cuando el interés fijado fue el 20 por 100 (S de 10 de diciembre de 1992), e incluso el 22 por 100 (S de 6 de noviembre de 1992), y sin perjuicio de que el artículo 2 de la Ley de Usura concede a los Tribunales libertad apreciativa en cada caso concreto, sin sujeción estricta a pruebas tasadas, para calificar como usurario, los préstamos que enjuicien, lo que no excluye su revisión en vía casacional si resulta demostrada debidamente la concurrencia de circunstancias justificativas de la incorrecta apreciación de los juzgadores de instancia, por resultar manifiesta la disconformidad que se denuncia con los presupuestos procesales sobre los que actuó su libertad de juzgar (S de 27 de mayo de 1991), lo que aquí no sucede.

Usura. Prueba.—El punto dos, párrafo primero, del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 contiene una norma de carácter objetivo que representa una presunción de usura *juris de jure*, al declarar *cualquiera que sea la entidad y circunstancias* (S de 24 de abril de 1991) y no excluye la correspondiente prueba respecto a que la cantidad que se dice prestada fuese efectivamente superior a la entregada, lo que los recurrentes no demostraron.

Venta en garantía.—Los contratos celebrados responden al libre ejercicio de la voluntad contractual de los intervinientes en los mismos, que adoptaron para ellos la forma que estimaran conveniente y resultan equilibrados, pues la compraventa no se configuró como definitiva y tampoco se presenta como un aprovechamiento malicioso y blindado de las circunstancias del momento, para poder adquirir los demandados el piso discutido por un precio asequible y hasta cierto punto inferior al del mercado en aquellos tiempos, ya que se pactó que los recurrentes tenían el derecho de recuperar su vivienda, lo que se hacía totalmente posible llevando a cabo los pagos acordados, recuperación que no ejercitaron nunca, al no haber cumplido los presupuestos contractuales que posibilitaban la recompra pactada, que de esta manera aleja la situación abusiva o actuación usuraria.

Conviene decir que a la compraventa perfeccionada le asiste la efectiva condición de *venta en garantía*, que no representa por sí un negocio simulado, conformando su causa en el afianzamiento del débito contraído (SS de 30 de enero de 1991, 6 de julio de 1992 y 5 de julio de 1993), y produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retrovender si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional acordado, y, de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los recurridos de la vivienda adquirida en la escritura. Se trata de un negocio plenamente válido y eficaz, que encuentra amparo legal en el artículo 1445 CC y al haberse extinguido, por su no uso, el derecho pactado de

recuperar otorgado a los esposos demandantes. (STS de 30 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Francisco A. L. y doña Purificación M. G. celebraron un contrato de préstamo con don Enrique L. B. y doña Cristina R. G., a quienes vendieron un inmueble en garantía del pago del capital más los intereses. Los prestatarios, tras haber incumplido el contrato de préstamo, demandaron a la otra parte solicitando la declaración de nulidad del contrato por usurario. La demanda fue desestimada en primera instancia, y la sentencia confirmada por la Audiencia Provincial y por el TS. (A. R. G.)

32. Responsabilidad del depositario judicial.—No es posible compartir que el denominado depósito judicial a que se refiere el artículo 1759 CC, en su descripción de especies, al afirmar que el depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente, carece de regulación en el Código civil; y que sólo encuentra su apoyatura en lo dispuesto en el artículo 1454 LEC, en donde, en su segundo párrafo, se habla de la posibilidad de que en los embargos de inmuebles se podrá hacer la designación del depositario, bajo su responsabilidad, por el propio acreedor. Esa tesis es tan inconsistente que hasta ignora que este artículo 1759 luego tiene un exacto desarrollo en los artículos 1785 a 1789, esto es, el capítulo III o último del título XI del libro IV del Código civil, porque es claro que ese depósito judicial *nominatim* regulado en el artículo 1759, después se contempla en el 1785, diciendo que el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo del aseguramiento de bienes litigiosos, que es justamente lo que aconteció con el depósito judicial del yate propiedad del actor; entonces, procede aplicar la sanción normativa del artículo 1788, al sancionar que el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia; la responsabilidad, pues, del depositario, es inconcusa, y no habiéndose cuestionado en autos los deterioros en la conservación del buque ya que por propia confesión del depositario, éste, en ningún momento tuvo cuidado del mismo, deviene consecuente su responsabilidad dimanante de la literalidad de esos preceptos. (STS de 2 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. Ángel S. C. interpuso acción de indemnización de los daños y perjuicios producidos a una embarcación contra su depositario judicial. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el depositario demandado, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

33. Congruencia de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial que el requisito de la congruencia establecido en el artículo 359 LEC, si exige que se resuelvan las cuestiones discutidas, no impone, en cambio, que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las peticiones de las partes, las que deben resolverse en lo sustancial para que queden claramente definidos los derechos controvertidos y evitar nuevas contiendas sobre los puntos litigiosos, aunque al hacerlo el Tribunal emplee términos distintos o agregue algún extremo accesorio que, sin constituir diferencia esencial o ampliación de lo pedido, sea sólo consecuencia lógica y legal de ella (SS de 26 de mayo de 1967 y 30 de junio de 1997, entre otras). El principio de congruencia exige no alterar la

sustancial pretensión de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de los litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes (S de 29 de noviembre de 1985).

Contrato de vitalicio. Regulación.—Al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado *vitalicio*. Éste no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 al 1808 CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público —art. 1255 CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones (S de 28 de mayo de 1965). Las normas por las que ha de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y las de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos, siendo cuestión a dilucidar si la analogía se da con la renta vitalicia o con los alimentos por convenio a que se refiere el artículo 153 CC (S de 21 de octubre de 1992).

Facultad resolutoria.—Tratándose el denominado *vitalicio* de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de un contrato unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado de que comprometió alimentarse, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 CC y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento (S de 21 de octubre de 1992); no obstante, como sostienen los recurrentes, la devolución de los bienes entregados podría darse en un contrato como el que nos ocupa cuando hubiese sido pactado y previsto expresamente por las partes, si bien entienden aquéllas que éste no es el caso. En relación con el artículo 1805 CC, la jurisprudencia ha reconocido la validez del pacto de resolución para el caso de falta de pago de rentas (SS de 14 de octubre de 1960 y 15 de enero de 1963); y respecto al denominado *vitalicio*, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentante, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido (S de 28 de mayo de 1965).

Litisconsorcio pasivo necesario.—Pedida en la demanda la resolución del contrato de *vitalicio* que ligaba a actora y demandados, es claro que sólo éstos habrían de ser llamados a juicio y el haberse pedido la devolución por los demandados recurrentes de bienes que fueron entregados a otras personas no vinculadas por aquel contrato sólo daría lugar, como así ocurrió, a la desestimación de esa pretensión restitutoria pero no a una falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandados quienes no eran parte en el contrato litigioso. (STS de 17 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato celebrado el día 16 de diciembre de 1977 el Sr. Pedro José A. A. y la Sra. M.^a Aránzazu B. I. se obligaron voluntariamente a prestar alimentos a la Sra. M.^a Concepción E. L., al

parecer como contraprestación a la transmisión de dinero, acciones y bienes realizada por ésta a favor de los alimentantes. Incumplida la obligación de pago de la renta de alimentos, la alimentista interpone demanda en la que solicita la declaración de resolución del contrato o, subsidiariamente, la obligación de los alimentantes al abono del coste actualizado de la asistencia dejada de prestar o, en última instancia, de una renta de 500.000 pesetas mensuales. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los alimentantes demandados a abonar a la alimentista una pensión mensual en concepto de alimentos. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial declara resuelto el contrato. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los alimentantes. (J. M. B. S.)

34. Contrato de transacción. Requisitos.—La recurrente parte del hecho de que la transacción exige la evitación de un pleito o la terminación de uno ya comenzado, ya que el debate debe existir, pues, si ya está zanjado, aquélla carecería de valor, de manera que, en este caso, por haber sentencia firme, la controversia no era transaccionable. Sin embargo, el planteamiento citado no es correcto, ya que el convenio de 1992 posee naturaleza transaccional porque ambas partes se concedieron prestaciones recíprocas de contenido económico y pusieron fin a una relación jurídica en litigio ante los tribunales, que no había alcanzado sentencia firme.

Contrato de transacción. Efectos.—La transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva. Toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos (entre otras, SS de 26 de abril de 1963, 27 de noviembre de 1987, 20 de abril de 1989 y 6 de noviembre de 1993), de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida. En el supuesto del debate, el juicio inicial quedó agotado en el instante de la transacción. Con la admisión de la permanencia de los efectos jurídicos de una sentencia novada, se aceptaría la posibilidad de instrumentalizar la administración de justicia al servicio de una sola de las partes, quien, además de apreciar subjetivamente el incumplimiento del convenio, podría intentar la satisfacción de sus pretensiones en base a situaciones procesales pretéritas y caducadas. (STS de 29 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—*Master Design, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Plafri, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la parte condenada recurrió en apelación y más tarde en casación, mientras la sentencia de instancia se encontraba en trámite de ejecución provisional. Pendiente el recurso de casación, las partes celebraron un contrato de transacción y solicitaron al Juzgado la suspensión de la subasta. La parte demandada desistió del recurso de casación. Al incumplir ésta las obligaciones derivadas de la transacción, *Master Design, S. A.*, solicitó que la subasta se reiniciara y el Juzgado así lo decretó mediante providencia. La demandada recurrió en reposición. La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió el recurso, dando por finalizado el proceso y dejando sin efecto la providencia recurrida. La demandante recurrió en casación, basándose en el argumento de que la

transacción era ineficaz por existir sentencia firme. El TS desestimó el recurso, entendiendo que, al tratarse de una sentencia recurrida en casación, el acuerdo transaccional era anterior a la firmeza de la misma. (A. R. G.)

35. Congruencia de la sentencia.—La incongruencia por *extra o ultra petita* supone que no ha habido conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante el período expositivo del pleito, en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos, sin que sea lícito al juzgador alterar en más el *quantum* que se pide (SS de 20 de marzo de 1991, 15 de febrero de 1993, entre otras). De ello se desprende, en principio, una incongruencia que hace insostenible las sentencias en cuestión, pues ni aun de una aplicación, en principio loable, del principio *iura novit curia*, se puede justificar tal distorsión cuantitativa, sobre todo cuando en la presente *litis* lo único que se ha ejercitado es una acción de repetición del artículo 1838 CC, a través de la cual el fiador, que ha pagado, tiene derecho a resarcirse del deudor y de las otras personas obligadas, de la cantidad que pagó, pero no de una suma mayor, ya que siguiendo la teoría de que de la fianza, una vez efectuado el pago por cofiador, nacen dos acciones distintas a ejercitar por el mismo (SS de 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988). Por ello es preciso delimitar el campo de acción de dichas acciones y el carácter de las mismas; ya que si se ejercita, como así ha sido, la acción de reembolso con carácter solidario con respecto al deudor y cofiadores, se puede adivinar perfectamente que se ejercita al tiempo la acción de regreso. Pues la suma acreedora, por el juego del ejercicio de dos acciones, nunca puede ser superada, pues ello llevaría inexorablemente a una situación de enriquecimiento injusto (S de 3 de mayo de 1946).

Posibilidad de acumulación de las acciones del fiador contra el deudor y contra los cofiadores.—La tesis de la infracción de lo dispuesto en el artículo 154 LEC sobre la acumulación adoptada por el Juzgado *a quo* es inaceptable, pues lo que ha efectuado lisa y llanamente es una verdadera acumulación de acciones alternativa o subsidiaria —primero del deudor y luego, en su caso, el resto de fiadores. Ello, asimismo, lleva a determinar que el demandante ha ejercitado la acción de reembolso o indemnizatoria prevista en los artículos 1838 y 1839 CC y la acción de regreso del artículo 1844 de dicho Cuerpo legal, pero como además las mismas se han ejercitado con carácter solidario, la consecuencia de obligación de pago del deudor y en su caso la de los otros cofiadores, es perfectamente lógica. (STS de 3 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los Sres. Francisco B., Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. garantizaron como cofiadores una deuda contraída por la sociedad *Olympia Bilbilis, S. L.* Pagada la deuda por entero por parte del Sr. Francisco B., éste ejercita acción para su reembolso con carácter solidario contra la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, y los demás cofiadores. El Juzgado de Primera Instancia condena a *Olympia Bilbilis, S. L.*, a abonar al demandante la totalidad de la deuda, y a los cofiadores Sres. Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. a pagar también al demandante su parte proporcional de la misma. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, y los cofiadores Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P., interponen recurso de casación. El TS declara haber lugar en parte al recurso y condena a la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, al pago de la totalidad de la deuda al demandante y, subsidiariamente, a

los cofiadores Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. a abonar también al demandante de un modo solidario las dos terceras partes de dicha deuda o del resto de la misma en caso de impago parcial por parte de la deudora principal. (*J. M. B. S.*)

36. Cómputo del plazo de prescripción para ejercitar la acción civil derivada de un delito.—La acción civil no debe ejercitarse separadamente mientras se halle en trámites por los mismos hechos un procedimiento penal, y tal procedimiento existió y sobre los mismos hechos hasta que terminó por sentencia del TS. Por ello, el plazo inicial para computar la prescripción de la acción civil de autos parte de la fecha de esa sentencia y no de la del auto de sobreseimiento del empleado de *Transportes Labarta, S. L.* Y ello por la sencilla razón —añade esta Sala del TS— de que, mientras subsista el proceso penal, la existencia misma del «hecho histórico» que motiva las actuaciones está *sub judice*, con el efecto, además, de vincular absolutamente al Tribunal de lo civil, en lo establecido por la jurisdicción penal (art. 116 LECr), a diferencia, de lo que ocurre si reconocida la existencia del hecho básico, el juez de lo civil formula con arreglo a las normas sustantivas procesales civiles, cuya aplicación le corresponde, enfoque y consecuencias inculpatorias distintas de las penales.

Exigencia de notificar las resoluciones judiciales a aquellos a los que les pudiera perjudicar aunque no hayan sido parte en el proceso.—El interpretar con criterio restrictivo el mandato del artículo 270 LOPJ, pugna con la interpretación recta del referido precepto y con la doctrina de esta Sala y del TC. Así, en efecto, la STC de 3 de marzo de 1998 constata la evolución jurisprudencial conforme a los criterios del TC, en el sentido de que debe constar el conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente, a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal, para que a partir de esa fecha se compute el plazo. En efecto, ya declaró en un caso similar al que nos ocupa la STS de 25 de marzo de 1996, recogiendo la expresada doctrina que «subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues, en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de efectuar negativamente, como aquí ha ocurrido, al derecho constitucional de la perjudicada a acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido». (STS de 21 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se había producido un accidente que había originado un incendio, estos hechos fueron enjuiciados en causa criminal donde se dictó auto de sobreseimiento provisional en favor del empleado de la empresa recurrente. Los perjudicados interpusieron acción civil para exigir la correspondiente indemnización por los daños ocasionados, las demandas fueron estimadas en las dos instancias. (*E. S. M.*)

37. Jurisdicción competente para resolver supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración acaecidos estando vigente la LRJAE de 1957.—Dadas las fechas en que ocurrieron los hechos y se entabló la demanda, resultan inaplicables, rigiendo, por el contrario, el sistema dual de jurisdicción implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26

de julio de 1957, en dicha materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992, 26 de mayo de 1997 y 8 de mayo de 1998).

La *vis* atractiva de la jurisdicción civil cuando se demanda por el mismo suceso a la Administración y a otra persona.—Las razones de prevalencia del orden jurisdiccional civil, aun admitiendo la dualidad competencial, se encuentran en no dividir la contienda de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, en la *vis* atractiva y el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa extracontractual al ámbito del derecho privado (arts. 1089, *in fine*, 1093, 1902 ss. CC), la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual o aquiliana respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño más bien «con ocasión del servicio» y sin incidencia de facultades soberanas, a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ, pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» (SS de 5 de julio de 1983, 1 de julio de 1986, 25 de octubre de 1989, 28 de marzo de 1990 y 27 de febrero de 1995), en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio procesal ese no peregrinaje jurídico-judicial (SS de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997, y por referirse a ellas, las de 30 de abril y 8 de mayo del corriente año 1998).

Valoración de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual.—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC consiste, no ya en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que se actúa; y si inicialmente se basó en elementos subjetivos, ha ido evolucionando a partir de la S de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con aquella diligencia debida a tenor de las circunstancias, demostración que no se logra con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ya exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones (en el caso ni siquiera se ha acreditado) no obsta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas para prevenir los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido la insuficiencia del cuidado prestado, todo lo cual es aplicable a la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta de Galicia, cuya responsabilidad por la negligencia de sus dependientes es, según el artículo 1903 CC, de carácter directo. (STS de 15 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, caminando por la ciudad de Vigo, cayó en una arqueta situada en el arcén que se encontraba rota y no señalizada, no obstante tener que transitar por allí los peatones, como consecuencia de la caída sufrió graves lesiones de las que quedaron importantes secuelas. Seguido juicio de faltas, el perjudicado renunció a la acción penal, reservándose la civil, con posterioridad presentó demanda por culpa extracontractual contra la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta de Galicia. El Juzgado de Primera Instancia consideró los hechos probados y estimó la demanda condenando a la Xunta a abonar la correspondiente indemnización por los daños sufridos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó la excepción alegada de incompetencia de jurisdicción, que la atribuyó al orden contencioso-administrativo, absolviendo en la instancia, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

38. Culpa extracontractual. No peregrinaje de jurisdicciones: principio procesal y constitucional.—Recuerda el Alto Tribunal que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Real Decreto 429/1993, dirigidos a regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ponen de manifiesto la intención del legislador de atribuir competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero dada la fecha en que ocurrieron los hechos en que se entabló la demanda, anteriores a su publicación, resultan inaplicables, rigiendo, en cambio, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992 y 26 de mayo de 1997).

Reitera la sentencia la doctrina establecida por la de 30 de abril de 1998, sentando, con la S de 23 de diciembre de 1997 que «esta Sala de Casación, conforme a la función jurisprudencial que le corresponde que pide una interpretación de las leyes, según el ordenamiento jurídico, que se ajuste a los valores constitucionales, sin menoscabo del principio de jerarquía normativa, ni del sistema legal de fuentes, se ha considerado obligada, para salvar deficiencias técnicas y lagunas, a establecer la doctrina que evita lo que se ha llamado “peregrinaje de jurisdicciones”, con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía, y ello con independencia de la también doctrina jurisprudencial, aplicable al caso, que reclama la *vis* atractiva de la jurisdicción civil, cuando sea demandada no sólo la Administración sino otras personas que son interpeladas judicialmente como sujetos responsables de Derecho privado, con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de mantener la “continencia de la causa” y en la conveniencia de impedir soluciones contradictorias. La doctrina, sin embargo, que evita el “peregrinaje de jurisdicciones”, admite matizaciones conforme expresa la misma jurisprudencia cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperii*, pues, entonces, el presupuesto de la jurisdicción actúa como condicionante absoluto que debe ser apreciado, incluso de oficio, en cualquier instancia o grado. Mas cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica (hospitales, Universidades, etc., en el caso que nos

ocupa, construcción de una presa por un ente privado) no pueden eludirse en la composición del conflicto criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes (STS de 31 de octubre de 1995)». Y más adelante cita la S de 18 de febrero de 1997 como configuradora de la evitación del peregrinaje de jurisdicciones como «principio procesal», destacando la trascendencia relativa del orden jurisdiccional que conozca, la doctrina de la «vinculación más fuerte» para el orden de valores constitucionales, al que están vinculados autoridades y Tribunales, 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, la no extensión del *ius imperii* a actividades que pueden ser ejercitadas por sujetos privados, dependiendo de razones de política legislativa...

Con tal sentencia y con las que cita, concluye la Sala que «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, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 CE». (STS de 8 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, don A. L. A., don F. L. A. y don M. L. A., propietarios de una piscifactoría, venían denunciando ante diferentes organismos el mal estado del agua, debido a estarse construyendo una presa para el abastecimiento a Hervás, obra adjudicada a *Construcciones y Contratas, S. A.*, pero dirigida por don F. J. G. M., al servicio de la Junta de Extremadura, ocurriendo que el día 5 de enero de 1989 se procedió a hormigonar unas calicatas abiertas en el cauce del río para buscar cimentación, pero al estar las mismas llenas de agua se desbordaron al echar el hormigón, yendo a parar los vertidos al río, que los arrastró hasta la piscifactoría, produciendo la muerte de 295.000 truchas, habiendo dado la orden el Sr. G. M. Los demandados opusieron, entre otras excepciones, litisconsorcio pasivo necesario (no demandarse a *Construcciones y Contratas* y otros organismos, dirigiéndose la acción sólo contra el Sr. G. M. y la Junta de Extremadura) y la incompetencia del orden jurisdiccional civil, desestimándose ambas por venir establecido, en cuanto a la primera, que la culpa extracontractual genera responsabilidad solidaria y ésta excluye el litisconsorcio (SS de 21 de abril, 20 de julio y 30 de septiembre de 1992) y respecto a la segunda, por reclamarse la indemnización en base al artículo 1902 CC y concordantes, regir en tal materia el sistema de dualidad de jurisdicciones, teniendo la civil el carácter de residual y atractiva, ser necesario evitar el peregrinaje de jurisdicciones y tener derecho el ciudadano a la tutela judicial efectiva ante el orden jurisdiccional civil en los casos dudosos, recalcando la Audiencia que además de a la Junta de Extremadura se demanda a una persona que no tiene el carácter de ente público. Recurre en casación la Junta de Extremadura. (A. G. B.)

39. Culpa extracontractual.—Recuerda la sentencia la doctrina reiterada y constante de esta Sala respecto a que la culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC existe, no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias

del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que se actúa; y si inicialmente se basó en elementos subjetivos, ha ido evolucionando a partir de la S de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, poniendo a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del daño sufrido por tercero, a modo de contrapartida de la actividad peligrosa, transformando la apreciación del principio subjetivista ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con aquella diligencia debida a tenor de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, demostración que no se logra con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ya exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas para prevenir los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado, que es lo que ocurre en el caso resuelto respecto de las cautelas adoptadas por la Confederación Hidrográfica respecto de su camino asfaltado, que discurre junto al canal y es utilizado como atajo por los lugareños.

Competencia del orden jurisdiccional civil. No peregrinaje de jurisdicciones: principio procesal y constitucional.—La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollada por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dirigidos a regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ponen de manifiesto la intención del legislador de atribuir la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero dada la fecha en que ocurrieron los hechos y en que se entabló la demanda, anteriores a su publicación, es llano que resultan inaplicables, rigiendo, por el contrario, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992, 26 de mayo de 1997 y 8 de mayo de 1998).

A partir de la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1986, se mantiene de modo casi absoluto la competencia del orden jurisdiccional civil, salvo cuando se tropieza en los casos a resolver con el ejercicio de potestades administrativas genuinas, típicas, en las que la Administración actúa revestida de *imperium*, pero por propia naturaleza y no por mera coyuntura histórica o razones ocasionales, hasta que entre en vigor la nueva regulación apuntada. Las razones de prevalencia del orden jurisdiccional civil, aun admitiendo la dualidad competencial, se encuentran en no dividir la contienda de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, la *vis* atractiva y el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa extracontractual al ámbito del derecho privado, la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual o aquiliana respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño mas bien «con ocasión» del servicio sin incidencia de facultades soberanas. a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden

jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» (SS de 5 de julio de 1983 y 1 de julio de 1986, 25 de octubre de 1989, 28 de marzo de 1990, 27 de febrero de 1995), en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio procesal ese no peregrinaje jurídico-judicial (SS de 18 de febrero y de 23 de diciembre de 1997 y, por referirse a ellas, las de 30 de abril y 8 de mayo de 1998).

Aplicación del artículo 1715.1.3.º LEC y no del propio precepto 1.1.º—Considera el Alto Tribunal que ha de rechazarse la afirmación vertida por la parte impugnante de que esta Sala no debe entrar a conocer del fondo a virtud de lo dispuesto en el artículo 1715.1.1.º LEC (dejar a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado) pues, «esta Sala ya expresó en su S de 26 de marzo de 1991 (en sentido análogo a la de 2 de junio de 1989) que la solución que contempla dicho precepto se refiere a los supuestos de abuso o exceso de jurisdicción o de competencia, pero no a los casos de defecto de jurisdicción, en que no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional, pues ya acudieron al órgano correspondiente y, en consecuencia, ha de dictarse la resolución que proceda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, es decir, por vía igual a la fijada en el artículo 1715.1.3.º, actuando el TS como Sala de instancia».

Concurrencia de culpas.—Considera indudable la Sala la concurrencia de culpas en el supuesto planteado, tanto de la propia víctima (persona de sesenta años, conectora del lugar y su peligrosidad), como de la Confederación Hidrográfica, que no ha evitado el resultado dañoso con las escasas medidas adoptadas, pero sin que la conducta de la aludida víctima, cuyos herederos son los que demandan, pueda erigirse en el único factor desencadenante del hecho dañoso, de forma que, al no existir absorción de ninguna por la otra, se impone una equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes, de manera que a la de la víctima ha de atribuírsele un porcentaje del 75 por 100 y a la Confederación Hidrográfica el 25 por 100 restante, sin que quepa hablar de solidaridad al no existir concurrencia causal única, poderse individualizar los respectivos comportamientos y, consiguientemente, las distintas responsabilidades, a reflejar en el *quantum* indemnizatorio. (STS de 30 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes, hoy recurrentes en casación, ejercitaron acción reparadora por culpa extracontractual contra la Confederación Hidrográfica del Duero, con base en los siguientes hechos, que más tarde el Juzgado declaró probados: don F. R. I., de sesenta años de edad, y su nieto R. R. M., de cinco años de edad, se dirigían desde la localidad de Rebollar de los Oteros con dirección a la localidad Malillos de los Oteros, circulando en sendas bicicletas por la pista pavimentada que existe en la margen izquierda del canal del Porma, propiedad de la Confederación Hidrográfica del Duero, cuando sobre las veinte, cuarenta y cinco horas y al llegar al punto kilométrico del canal 29,500, R. adelantó a su abuelo y por circunstancias que no han quedado acreditadas, salvo que se salió una zapatilla, se cayó con la bicicleta al canal; don F. R. se apeó de la bicicleta y, tras dejar las gafas y la boina en el suelo, se tiró al canal, con intención de sacar a su nieto del mismo, pereciendo ambos como consecuencia de asfixia por

sumersión en el agua del aludido canal; ninguno de los fallecidos sabía nadar.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de los de León, como la Sección Primera de la Ilma. Audiencia de la propia capital, estimaron la excepción de falta de jurisdicción, por entender que la pretensión debía de ejercitarse ante el orden contencioso-administrativo. (A. G. B.)

40. Competencia de la jurisdicción civil cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo.—Según la sentencia de la Sala civil del TS de 8 de febrero de 1997, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, con ocasión de un caso similar al de este proceso, de lesión patrimonial sufrida como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en S de 4 de abril de 1994, tiene declarada que en el supuesto de responsabilidad exclusiva de una parte de los agentes causantes, bien la Administración o bien todos o alguno de los particulares demandados, cuya determinación sería preciso hacer, o ya de aquélla y éstos conjuntamente, lo que también habría de precisarse, pues en la coyuntura de no atribuirse el conocimiento exclusivo a la jurisdicción o a la Administración, se produciría una división de la continenencia de la causa, prevista como presupuesto de la acumulación y de la unidad de conocimiento en los artículos 161 y 162 LEC, con la posibilidad de decisiones contradictorias si se hubiese de ir a la jurisdicción de la Administración o viceversa, que incluso podrían implicar una denegación de justicia de difícil solución si ambas partes, sucesivamente, impidiesen la reparación por razones de forma o de fondo, o si se hubiese de ir simultáneamente a las dos en reclamación de sus respectivas cuotas y se produjese idéntico efecto, efectos que, indudable y necesariamente, abonan la unidad de procedimiento y de órgano decisorio, el cual por imperativos de la *vis* atractiva de la jurisdicción del orden civil y el carácter residual de la misma que establece el artículo 9.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (hoy reformado por la LO 16/1994, de 8 de noviembre), no puede ser otro que el competente por razón del territorio y la cuantía, ya que, como se dijo en la S de 21 de diciembre de 1993, siguiendo una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS —SS de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985—, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción en el orden civil; doctrina jurisprudencial reiterada en S de 23 de diciembre de 1997 en la que, en su fundamento de derecho tercero, se concluye que «hay que afirmar para la presente contienda, que 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, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la CE».

Seguido frente a la Administración estatal juicio declarativo, finalizado por sentencia absolutoria en la instancia, resulta innecesario el requisito de la reclamación previa en vía administrativa.—Dice la S de 27 de enero de 1997 que «a) la asimilación, en cuanto a su finalidad, entre el acto de conciliación y la reclamación previa a la vía judicial tiene muy antiguo origen y ya la Real Orden de 9 de junio de 1847 se refirió a que “la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación”, lo que se reitera en la Ley de Bases de 11 de abril de 1868, sobre unificación de fueros, y en el Decreto de 9 de julio

de 1869, jugando entonces la similitud del acto de conciliación para argumentar la convivencia de exigir la reclamación previa, no obstante su carácter de privilegio de la Administración y, en alguna medida, contrario al libre ejercicio de la jurisdicción; *b*) la jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad, y consecuentemente, sus efectos (SS de 20 de junio de 1889, 20 de mayo de 1941, 23 de marzo de 1961, 17 de febrero de 1972, 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un requisito subsanable; *c*) suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración, y *d*) puede concluirse que, en definitiva, no existe en nuestro ordenamiento base alguna para que la observancia del artículo 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción a entablar, habiendo devenido la exigencia en un requisito puramente formalista que debe ser obviado en aras a la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente (art. 24.1)». Seguido frente a la Administración estatal un previo juicio declarativo sobre el mismo objeto que el presente, finalizado por sentencia absoluta en la instancia, se hacía innecesario el requisito de la reclamación previa en vía administrativa ante la oposición manifestada de la Administración a la pretensión indemnizatoria ejercitada; por otra parte, tratándose de un presupuesto o requisito del proceso, pudo y debió concedérsele al demandante la oportunidad procesal de subsanarlo, de conformidad con lo dispuesto en la regla 3.ª del artículo 693 LEC, sin que la inobservancia de esta norma pueda hacerse recaer sobre el actor.

La firmeza de las resoluciones judiciales se produce desde el momento en que se dejan transcurrir los plazos para el ejercicio de los recursos pertinentes, sin necesidad de resolución que declare esa firmeza.—Siendo la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia *a quo* sobre la interpretación y tratamiento restrictivos que ha de darse al instituto de la prescripción extintiva, tal doctrina ha sido incorrectamente aplicada al caso por inobservancia de lo dispuesto en el artículo 1969 CC acerca del cómputo del tiempo para la prescripción; notificada al demandante la sentencia recaída en el procedimiento precedente, sin que contra la misma preparase auto la Sala de apelación el precedente recurso de casación, dicha sentencia quedó firme, momento a partir del cual el demandante tuvo expedita la vía judicial para iniciar un nuevo procedimiento subsanando los defectos procesales apreciados en aquella sentencia; es claro que la firmeza de las resoluciones judiciales se produce desde el momento en que se deja transcurrir los plazos para el ejercicio de los recursos pertinentes sin necesidad de resolución que declare esa firmeza; otra cosa, supondría dejar en manos del juzgador la eficacia de cosa juzgada de la sentencia, y la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción; menos aceptable es aún poner dicho momento inicial en la fecha del auto aprobando la tasación de costas. En conclusión, iniciado el plazo de un año que establece el artículo 1968.2.º CC para la prescripción de esta clase de acciones a partir de la firmeza de la sentencia recaída en los citados autos. (STS de 23 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de León, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía con-

tra el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, el Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León y contra *Entrecañales y Távora, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, suplicando se dicte sentencia en la que se condene a los demandados, solidariamente, a satisfacer la indemnización de 16.984.000 pesetas, más los intereses legales. Admitida la demandada, el Abogado del Estado, contestó a la demanda, oponiendo las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de legitimación pasiva y de reclamación previa en vía gubernativa, solicitando se absuelva al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Por su parte, el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y la representación legal de la entidad *Entrecañales y Távora* contestaron a la demanda, oponiendo la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa, solicitando se desestime la demanda.

Dictada sentencia en primera instancia, se desestima la demanda interpuesta, estimando las excepciones procesales y previa a conocer el fondo del litigio, imponiendo las costas a la parte actora. Apelada la sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León dictó sentencia, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia de primera instancia, y estimando en parte la demanda promovida, condenando, solidariamente a los demandados a satisfacer una indemnización de 13.484.000 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por todas las partes implicadas en el procedimiento, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y por la entidad *Entrecañales y Távora*, rechazando el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se declara prescrita la acción ejercitada y se absuelve a los demandados, con expresa condena de las costas de casación a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. (A. I. H. O.)

41. Culpa extracontractual. Jurisdicción competente.—Estima la Sala de Casación civil, en relación a los motivos alegados en el recurso, que para que proceda apreciar desmotivación en las sentencias, es preciso que no cumplan los requisitos de los artículos 372 LEC, 248.3.º LOPJ y 120.3 CE y, con ello, omitan aportar y explicar los fundamentos de la decisión adoptada, a fin de permitir el control y revisión jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos procedentes, pues no hay precepto que exija una detalladísima labor de investigación de las pruebas, sino exclusivamente alcanzar una o varias conclusiones que configuren el fallo del Tribunal. Tampoco es preciso que las sentencias civiles contengan declaración formal de hechos probados, pues basta que los mismos sean tenidos en cuenta y aportados en la extensión necesaria para dictar el fallo.

Asimismo, afirma la sentencia que, en general, las actividades policiales de entrenamiento, han de encuadrarse en el desarrollo de un servicio público policial, cuyo fin primordial es garantizar la seguridad de la ciudadanía dentro del ordenamiento democrático, conforme al artículo 104 CE y a la doctrina constitucional, y a su vez dispensar protección a los derechos y libertades.

La doctrina de la *vis atractiva*.—Ha sido aplicada en muy contadas ocasiones por la Sala civil, teniéndose en cuenta en los casos que así ha sido que, junto a la Administración, han sido demandadas personas *privadas* (e incluso *jurídicas*), existiendo un vínculo de solidaridad entre las mismas (SSTS de 29 de octu-

bre de 1987, 2 de junio de 1993 y 22 de noviembre de 1996). (STS de 9 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Salamanca tramitó el juicio declarativo de menor cuantía núm. 201/1993, sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos en el desarrollo de unas maniobras de entrenamiento policial, dictando sentencia, con fecha 10 de enero de 1994, desestimatoria de la demanda presentada. Por tal motivo, el demandante recurrió la misma ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que resolvió con fecha 7 de marzo de 1994, ratificando la sentencia de instancia. Finalmente, se interpone recurso de casación ante el TS. (J. L. B.)

42. Responsabilidad civil del Servicio Andaluz de Salud por el mal funcionamiento del servicio público: fallecimiento al practicar endoscopia: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—La condena a los organismos públicos realizada por la Audiencia radica en el daño producido por el mal funcionamiento de los servicios sanitarios, lo que hubiera debido llevar a la apreciación de oficio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. (STS de 19 de de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La paciente, menor de edad, acudió al Servicio Andaluz de Salud aquejada de dolores en la garganta, ignorando que tenía clavada una espina de pescado que le produjo una perforación de la aorta, lo que originó su fallecimiento al practicársele una endoscopia. La madre demandó a los médicos que practicaron ésta, al Servicio Andaluz de Salud y al Consejero responsable de la Junta de Andalucía. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero estimada parcialmente en apelación contra los órganos administrativos, quedando firme la absolución de los médicos. No hay indicación sobre la fecha en que se produjeron los hechos, aunque la sentencia de primera instancia es de 21 de mayo de 1993. La STS de 30 de abril de 1998 condenó al Servicio Andaluz de Salud, en un supuesto anterior a la nueva legislación. En el presente caso, la absolución de los médicos, confirmada en apelación, dejaba expedita la exigencia de responsabilidad administrativa por el mal funcionamiento de los servicios públicos; pero ¿no cabe invocar el *peregrinaje de jurisdicciones* que tantas veces ha invocado el TS? Véase también Clara I. Asúa González, *Responsabilidad sanitaria*, Ponencia presentada al Congreso de la APDC en Santiago, noviembre 1999, pp. 24 ss. (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: jurisdicción contencioso-administrativa: muerte al precipitarse en el vacío desde un espigón: derecho transitorio: aplicación de los artículos 40 y 41 LRJAE.—Si aplicamos estos preceptos, vigentes al tiempo de suceder los hechos, habremos de concluir que siendo de pertenencia estatal los elementos de la zona portuaria, obviamente su conservación y refuerzo de seguridad constituyen competencia de la Junta o del Departamento del ramo, e integran un evidente servicio público, lo que determina la atribución para el conocimiento de los daños causados en el funcionamiento normal o anormal de este servicio a los particulares, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 14 de julio de 1998; ha lugar.) (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: indemnización civil derivada de accidente de trabajo: compatibilidad con indemnización laboral.—Es muy notoria y reiterada la consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene, respecto de la responsabilidad y sus respectivos títulos legales, la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil; ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC sino que explícitamente viene admitiendo su vigencia al admitir que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, y exigibles, las mismas ante la jurisdicción civil, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC), que es la culpa o negligencia no penadas por la ley; así lo declaran los artículos 93.9 y 97.3 de la Ley de Seguridad Social. De aquí deriva que corresponde a este orden jurisdiccional el conocimiento del asunto (SS de 21 de noviembre y 5 de diciembre de 1995), habiendo declarado la S de 8 de octubre de 1984 que la jurisdicción civil no viene vinculada a la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC.

Cuantía de la indemnización.—Ha quedado probado que el fallecido convivía con su madre, su hermana y dos tíos, y aportaba los ingresos que obtenía de su actividad laboral, por lo que la actora, su madre, que es perceptora de una modesta pensión de viudedad, se ve perjudicada económicamente por la pérdida de su hijo, a lo que debe añadirse el daño moral; de acuerdo con las pautas orientativas de 1991, actualizadas en 1994, se cifra el monto de la indemnización en 12.000.000 de pesetas, la cual devengará el interés prevenido en el artículo 921 LEC; lo que conduce a rechazar el recurso. (STS de 13 de julio de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: indemnización civil derivada de accidente laboral: incompetencia de jurisdicción.—La resolución recurrida sienta como hecho probado la relación laboral que unía al fallecido y a la empresa demandada, relación en la que se basa la reclamación y que atribuye la cuestión litigiosa a los órganos jurisdiccionales del orden social, de acuerdo con el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, con necesidad de abstenerse de su conocimiento los de la jurisdicción civil, según se desprende de los artículos 9, 22, y 25 LOPJ; y así lo ha entendido la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1994, que proclama que cuando la relación entre el fallecido y la sociedad demandada es una relación laboral, sin que entre ellas mediase ningún otro vínculo contractual, ha de entenderse que no es aplicable al caso la regulación de la culpa contractual que se contiene en los artículos 1101 ss. CC, y sin perjuicio de la responsabilidad de naturaleza laboral. (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Dos sentencias, en apariencia, contradictorias sobre la competencia civil en materia de indemnización por accidente laboral. La S de 13 julio hace un resumen de la doctrina reiterada y *muy notoria*, —que se ratifica—, sobre la compatibilidad entre las indemnizaciones, civil y laboral, aludiendo a diversidad de fuentes de ambas obligaciones. En cambio, la de 23 de julio se apoya exclusivamente en la responsabilidad contractual, que es, sin duda, laboral y, por ende, de la competencia de esta jurisdicción. Doble dirección interpretativa que se mantiene muy recientemente. Así la compatibilidad en STS de 11 de diciembre de 1997 (ADC, 1999, núm. 42, pp. 496 ss.), con cita de juris-

prudencia anterior (SS de 5 de diciembre de 1995 y de 6 de febrero, 15 de junio, 3 de septiembre y 19 de diciembre de 1996, esta última extractada en *ADC*, 1998, p. 982), y la competencia exclusiva de la jurisdicción laboral cuando se invoca la culpa contractual en SSTs de 24 y 26 de diciembre de 1997 (*ADC*, 1999, núms. 54 y 55, pp. 507 ss.). Adviértase que en la S de 3 de julio de 1998 se dice en el FD 1.º, que la demanda se interpone por la viuda *sobre responsabilidad extracontractual*, sin que se añadan otras explicaciones. En cuestiones tan vitales como los accidentes laborales no parece que meros formulismos procedimentales, o las deficiencias de la dirección letrada, puedan dilatar la percepción de indemnizaciones por los familiares de la víctima, ni que se condene al *peregrinaje de jurisdicciones* que en otros ámbitos también trata de evitarse. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: doctrina general sobre la concurrencia con la culpa contractual: unidad de la culpa: *Iura novit curia*.—Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado en numerosas sentencias que las normas de la responsabilidad contractual y extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas (así SS de 12 de marzo de 1934, 24 de junio de 1969, 2 de enero de 1978 y 1 de abril de 1990, entre otras muchas), sin embargo, como opina parte de la moderna doctrina científica, sería un error deducir que si el perjudicado ha fundamentado jurídicamente su demanda de indemnización, ya en normas de responsabilidad extracontractual, ya de responsabilidad contractual, exclusivamente, el juzgador no podrá estimarla o desestimarla, aplicando las normas que regulan la otra responsabilidad, sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir. Esta postura doctrinal es lógica y se asume totalmente desde el punto de vista del principio *iura novit curia*, perfectamente desarrollada por la corriente doctrinal germánica de la *freie revisions praxis*, que permite al juzgador dar la norma jurídica aplicable al *factum* alegado y probado, aunque en la pretensión no se alegue la misma, e incluso cuando se alegue otra norma con distinto contenido; así lo ha entendido la emblemática S de 5 de mayo de 1982, siendo acogida esta tesis en el auto del TC de 16 de mayo de 1984. Todo ello corroborado por STS de 18 de febrero de 1997, según la cual debe reconocerse como aplicable el principio de la llamada *unidad de la culpa civil*, que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, que el perjudicado pueda optar entre una u otra acción, cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro; y por STS de 9 de marzo de 1983, de que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial.

Acciones que pueden ejercitarse.—La continuada doctrina jurisprudencial sobre la unidad conceptual de la culpa permite que el perjudicado pueda ejercitar las acciones alternativa o subsidiariamente, u optar por una u otra, e, incluso, proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible; por todo, amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi*, en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas,

sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual, o ambos conjuntamente, salvado por iguales hechos y sujetos concurrentes el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma, pues se entiende que tal materia pertenece al *iura novit curiae*, y no cabe eludir el conocimiento del fondo con fundamento en la equivocada o incompleta elección de la norma, de manera que el cambio del punto de vista jurídico no supone *mutatio libelli*.

Incongruencia por falta de motivación.—Esta Sala está totalmente de acuerdo con exigir la motivación de las sentencias, cuyo principio ha sido elevado al rango constitucional, a través del artículo 120.3 CE, entendiendo tal motivación como la obligación de todo Tribunal de Justicia de exponer las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan; la motivación permite operar sobre la realidad social, garantiza el imperio de la Ley y es un dato indicador del grado de formación y conocimiento del Juez al dictarla, y, sobre todo, es un derecho del ciudadano que inquiriere los motivos de una decisión que le afecta directa o indirectamente. Sin embargo, el deber de motivación no implica que los Jueces y Tribunales hayan de otorgar una respuesta pormenorizada y exhaustiva a todas las alegaciones realizadas por las partes; así la STC de 13 de mayo de 1987 ha declarado que una motivación escueta y concisa no deja de ser tal motivación, y la de 12 de junio de 1987 añade que la motivación no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Extensa argumentación que reitera la conocida doctrina de la unidad de la culpa (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) sobre unos hechos que, sin embargo, no quedan suficientemente aclarados al final del FD 2.º, al decir: «Hay que afirmar que en la sentencia recurrida existe la suficiente motivación para sustentar la decisión final de la misma, pues la misma está fundada en una actuación negligente de la parte recurrente, que no ha logrado probar lo contrario, y que en consecuencia, dados los lazos contractuales que la unían a la parte recurrida, está obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados». La presente resolución puede ser exponente de sentencias crípticas que impedirán valorar y aplicar, en su caso, la doctrina sentada, importante en sí misma por incidir en un *punctum ardens* de la culpa extracontractual; de la sentencia sólo se deduce que una Caja de Ahorros catalana demanda a una empresa de la región, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios, siendo estimada la demanda en ambas instancias y rechazado el recurso de casación. (G. G. C.)

47. Responsabilidad extracontractual.—Resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligen-

cia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de responsabilidad culposa.

Por tanto, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, el factor «riesgo», cobra una especial relevancia en cuantos accidentes ocurren en una empresa que, por su específica actividad, genera un mayor porcentaje del mismo, pero aun así, y en cualquier caso, semejante factor no puede determinar, aisladamente considerado, una imputación de responsabilidad extracontractual a la empresa, pues precisa, de manera ineludible, la preexistencia del reproche culpabilístico, resultante de la jurisprudencia reseñada. En relación con el factor «riesgo» y también con el factor «culposo», está el denominado de «previsibilidad», que, propiamente viene a ser consustancial con toda acción u omisión que lleva consigo la aludida responsabilidad, el cual, no puede menos de depender del resultado probatorio, si bien en cualquier actividad laboral que implique «riesgo», la noción de «previsibilidad» a tener en cuenta no es la general que dimana de la misma, sino la específica que puede configurar el suceso concreto. (STS de 8 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía núm. 37/1993, sobre reclamación de cantidad, por estimar los familiares de un minero, que su fallecimiento durante el desempeño normal de su labor, era debido al incumplimiento de las normas de seguridad propias de la explotación en la que trabajaba. El Juzgado dictó sentencia estimatoria con fecha 29 de junio de 1993, la cual fue objeto de recurso de apelación interpuesto ante la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de León, que revocó parcialmente tal resolución. Finalmente, se plantea recurso de casación al amparo del núm. 4 del artículo 1692. (*J. L. B.*)

48. Responsabilidad por culpa extracontractual. Doctrina jurisprudencial.—El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea de jurisprudencial indicada, las SS, entre otras, de fechas 29 de

marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988, 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 8, 21, y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, 4 y 13 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 1997, así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial transcrita, en los supuestos de responsabilidad extracontractual es preciso y decisivo, a efectos de generar una responsabilidad indemnizatoria, examinar los presupuestos estimados acreditados a fin de poder apreciar, con base en ellos, cualquier género de comportamiento –por acción u omisión– susceptible de calificarse de culpable o negligente, aun cuando ello fuese en grado minoritario.

Aplicando estos criterios, concluye la Sala que los recurrentes, en su condición de socios en la explotación de la discoteca, incurrieron, por vía de omisión, en la culpa o negligencia prevista en el artículo 1902 CC, y que entre su conducta y el resultado dañoso producido existe la necesaria y adecuada relación de causalidad, requisitos todos ellos que comportan la aplicación del precitado artículo, que no puede quedar desvirtuada por la culpa en que, asimismo, incurrió el otro codemandado, pues tanto una como otra conducta contribuyeron al daño producido, sin que, a efecto de la extensión o cuantificación de la responsabilidad, puedan deslindarse o separarse ambas, al propiciar las dos el daño en cuestión, y de aquí, que no quepa imputar al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno al referido precepto, ni, tampoco, respecto a los artículos 1104 y 1107 del mismo texto legal en cuanto que la prestación de un suficiente y necesario servicio de orden y vigilancia venía impuesto por las específicas condiciones del negocio de una sala de baile, y el hecho acaecido entraba en la categoría de previsible, ni infracción, asimismo, acerca de la doctrina jurisprudencial que interpreta los preceptos dichos. (STS de 2 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.–El 18 de marzo de 1985, encontrándose en la pista de baile de la discoteca *Dona-Dana*, de Touro, don J. J. B. T. se le cayó encima de su cuerpo don J. M. B. P. desde una altura de casi cinco metros, ya que éste se hallaba en otro piso de aquella y, entre la exagerada concurrencia de público en el piso y la falta de medidas de seguridad, se precipitó al vacío. Don J. J. B. T. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra don J. M. B. P., los propietarios de la citada discoteca don E. O. V., don I. C. B., don J. M. Q. y su esposa doña R. T. R. y la entidad aseguradora *Cervantes S. A.*, a fin de que declarase el derecho del actor a ser indemnizado conjunta y solidariamente en la cifra de 35.000.000 de pesetas, por los daños físicos y morales sufridos y secuelas derivadas del accidente, y se condenase a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que conjunta y solidariamente abonaran la expresada suma al actor, con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

Las pretensiones formuladas fueron estimadas parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela, al condenarse a don J. M. B. P. a abonar al actor la suma de 20.000.000 de pesetas por daños físicos y morales y secuelas sufridas y absolverse a los restantes demandados. Esta resolución fue revocada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de La Coruña condenándose a todos los demandados al abono de la precitada cantidad. Esta segunda sentencia es la recurrida en casación por don E.O.V., don J. M. Q. y su esposa doña L. P. T. y don J. S. B. y su esposa doña M.^a del R. T. R. (O. M. B.)

49. La responsabilidad extracontractual consiste en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos.—La responsabilidad extracontractual o aquiliana sancionada en uno de los más emblemáticos preceptos del Código civil, como es el artículo 1902, después de numerosos avatares siempre tendentes a su objetivización, según doctrina jurisprudencial constante y pacífica de esta Sala, no consiste o supone la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos, esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum* (SS de 4 de junio de 1991 y 20 de junio de 1994, entre otras).

Del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que el conductor de la máquina ferroviaria contaba con muy poca visibilidad en su maniobra, llegando la misma, a ser nula en alguno de los tramos, concretamente, en el momento de salir de una curva, y fue dicho momento en el que arrolló al peatón que atravesaba la vía en aquel momento por un lugar no adecuado pero usado por los vecinos del lugar para atravesar la vía. Ello unido a que la maniobra realizada era la de marcha atrás, a una velocidad no propia para la misma. Todo lo cual, prescindiendo de la compensación de responsabilidades del agente con las de la víctima, que no se discute ahora, indica una actuación creadora de riesgo por parte del conductor de la locomotora, que supone una clara y determinada negligencia por parte del mismo provocadora de un daño. Además, la referida acción negligente que se deriva de dicho *factum* por lo tanto es una cuestión de hecho que aleja toda censura casacional, sobre todo cuando dichos hechos probados son consecuencia de una actividad hermenéutica lógica y correcta. (STS de 23 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Al cruzar por un vía inapropiada para el tránsito de peatones, pero habitualmente utilizada por los vecinos, un ferrocarril que hacía dicha ruta de la empresa FEVE atropella a un peatón causándole la muerte. Se interpone por su esposa e hijos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao demanda en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la empresa de ferrocarriles FEVE y dos de sus empleados. Se dicta sentencia en primera instancia por la que se estima la demanda formulada conde-

nando a los empleados y a la empresa a abonar solidariamente la cantidad de 13.317.000 pesetas (la parte actora había solicitado 33.284.562 pesetas).

Interpuesto recurso de apelación por la empresa FEVE ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao, se estima parcialmente el recurso, pero se condena a los codemandados solidariamente a que abonen la cantidad de 10.000.000 de pesetas. Se formula por la empresa FEVE ante el TS recurso de casación, por infracción del artículo 1902 CC; se declara por el citado Tribunal no haber lugar al recurso, imponiendo el pago de las costas a la parte recurrente en casación. (A. I. H. O.)

50. La responsabilidad extracontractual nace como consecuencia de una acción u omisión ilícita o culpable.—El artículo 1902 CC ha constituido el núcleo de todo el tema debatido: se ha ejercitado la acción de reclamación de los daños materiales y morales que han sufrido los demandantes en los autos acumulados, por razón de una actuación procesal de *Banca Catalana, S. A.*, demandada; es la llamada responsabilidad civil extracontractual u obligación nacida de acto ilícito, que prevé el artículo 1089 CC: *las obligaciones nacen... de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia* y como proclama el mencionado artículo 1902: *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*, norma que ha sufrido una importante evolución jurisprudencial. Los elementos que configuran esta responsabilidad extracontractual u obligación nacida de acto ilícito, tal y como los enumera y aplica la jurisprudencia y los explica la doctrina, son los siguientes: primero, la acción (u omisión); segundo, el daño; tercero, el nexo causal entre la acción y el daño; cuarto, la culpabilidad o negligencia del autor, persona física o jurídica, que ha ejecutado aquella acción.

La culpa o negligencia. Embargo en juicio ejecutivo, declarado nulo, que produce graves daños materiales y morales.—Los hechos que estima acreditados la sentencia de instancia son inamovibles en casación —ésta no es una tercera instancia— pero la calificación jurídica de los mismos es una cuestión jurídica que sí puede ser revisada en casación; este es el caso de la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 CC. La culpabilidad que en un primer tiempo fue preciso probarla, pasó a ser objeto de inversión de la carga de la prueba a partir de la S de 10 de julio de 1943 y más tarde, por el interés social de proteger a las víctimas de los daños cada vez más frecuentes y por los riesgos que se producen con más intensidad por los cambios económicos, sociales y tecnológicos, se acude a la teoría del riesgo, (así lo expresa la S de 8 de octubre de 1996) desplazando la responsabilidad patrimonial a la personal, teniendo en cuenta que quien aprovecha las ventajas de su actuación debe sufrir las consecuencias patrimoniales de la producción de daños; así, se sigue manteniendo la necesidad del reproche culpabilístico (S, entre otras muchas, de 8 de julio de 1996), pero yéndose cada vez más a objetivar la responsabilidad (así, S de 29 de diciembre de 1997).

Hay que partir del principio de que el embargo se solicita y obtiene —si reúne los requisitos legales— de cuenta y riesgo del embargante. No puede ampararse éste en normas generales que le permiten en abstracto el embargo. Se analiza en este recurso la responsabilidad extracontractual; no se plantea el abuso de derecho o fraude procesal, a que se refiere la S de 31 de julio de 1996 que advierte, certeramente, el exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones. El hecho cierto es que la entidad

demandada promovió juicio ejecutivo contra varios demandados de distintas poblaciones, el proceso se dilató largos años acabando en sentencia declarando la nulidad del juicio y el embargo trabado produjo daños a los demandantes, recurrentes en casación. De estos hechos se deduce la culpa o negligencia de aquella entidad. (STS de 20 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banca Catalana, S. A.*, interpuso demanda de juicio ejecutivo contra varios avalistas de una póliza de crédito, tuvieron que librarse numerosos exhortos, y se formuló oposición por los demandados y terminó, tras varios años, en sentencia de remate dictada por el Juzgado, que fue revocada en apelación, declarándose la nulidad del juicio; como consecuencia de ello, el embargo trabado mantenido durante cuatro años, sobre los bienes de los recurrentes, provocó graves perjuicios materiales y morales a los afectados, actuales demandantes. Se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de La Seu d'Urgell por estos afectados demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la entidad *Banca Catalana, S. A.*, a la que se contesta por la demandada suplicando desestime totalmente la demanda y admita las excepciones opuestas. Dictada sentencia en primera instancia se declara que los embargos trabados por la entidad sobre el patrimonio de los demandantes determinaron y fueron causa de los perjuicios sufridos por éstos.

Interpuestos los correspondientes recursos de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lérida estima el recurso de apelación interpuesto por *Banca Catalana S. A.*, revocando la sentencia de instancia y desestimando el recurso interpuesto por los demandantes de instancia. Se interponen recurso de casación ante el TS, por entender infringido el artículo 1902 CC, siendo estimada la demanda, casando y anulando la sentencia de apelación, que se sustituye por la de primera instancia, que el TS hace suya en todos los pronunciamientos. (A. I. H. O.)

51. Prescripción de acciones derivadas de culpa o negligencia.—En la materia de la prescripción de acciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1902 CC, existe una innegable relación entre los artículos 1968.2 y 1969 del precitado Código, especialmente, en aquellos supuestos de falta de coincidencia entre los respectivos momentos de «conocimiento del agraviado» y «día inicial del cómputo del ejercicio de la acción», discordancia que acontece en los casos en que la causa penal procede a la posterior civil, y en los cuales, es constante la doctrina jurisprudencial respecto a que el plazo prescriptivo del año que establece el 1968, ha de contarse desde que quedó firme el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria que, en definitiva, ponen fin al proceso penal, pero si ello no ofrece problema alguno cuando el beneficiario de las correspondientes acciones penal y civil se ha personado en la causa criminal y, consecuentemente, fue notificado de la resolución que le puso fin, no sucede lo mismo cuando aquél, no obstante tener conocimiento del procedimiento penal, no se muestra parte en él, y no es notificado de la resolución de terminación y archivo posterior, que es lo que ocurrió, efectivamente, en el hecho de autos.

Aún ofrece mayor dificultad el supuesto en que entre las fechas de inicio del plazo prescriptivo y del ejercicio material de la acción civil, media poco tiempo

superior al del año, que fue lo que sucedió en el que nos ocupa –14 de febrero de 1991 y 13 de marzo de 1992– supuesto a calificar de «límite», y en el cual, la relación existente entre los artículos 1968 y 1969, bien podría ser interpretada con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3 CC, es decir, atendiendo al espíritu y finalidad de las normas comprendidas en tales preceptos y al apoyo de una equidad razonablemente entendida, soporte que, en definitiva, significaría dar respuesta al derecho fundamental de obtener la tutela efectiva judicial que proclama el artículo 24.1 CE. Para semejante supuesto «límite», la referida interpretación se encuentra avalada por el TC en su S 220/1993, de 30 de junio, que contempla un caso prácticamente idéntico al que tratamos y fue resuelto, otorgándose el amparo solicitado, en el sentido de determinar que las resoluciones judiciales en que se prescinde enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la perjudicada, son contrarias al derecho de acceso al proceso en el orden civil, que le reconoce el artículo 24.1 CE.

Responsabilidad por culpa extracontractual. Doctrina jurisprudencial.—En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las sentencias, entre otras, de fechas 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988, 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, 4 y 13 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 1997.

Proyectando esta doctrina jurisprudencial al accidente del caso de autos, resulta evidente que la imputación a la entidad demandada recurrente de las consecuencias dañosas del mismo, habrá de depender del factor de culpabilidad que cupiera atribuirle, lo que supone, necesariamente, examinar los hechos estimados acreditados por el Tribunal *a quo*, en cuanto que han quedado inalterables en casación. Dicho examen pone de manifiesto que el paso del que se sirvió el joven accidentado para cruzar la vía férrea era oficioso y se trataba de una vereda cómoda que, de manera habitual, se utilizaba por los vecinos del lugar para evitar pasar por el lugar adecuado situado no mucho más lejos, y la existencia del paso-vereda era, más o menos, notoria. Pues bien, la apreciación jurídica de tales hechos permite entender que la conducta de la RENFE, a través de su personal responsable, en cuanto a su omisión de no haber procurado impedir, por los medios pertinentes, el uso de la vereda a los fines indicados o, cuando menos, de no haber señalado de algún modo su existencia, vino a representar un cierto género de negligencia que influyó o cooperó en la producción causal del siniestro, y aunque semejante quehacer negligente no revistiese una sustancial gravedad, sí es manifestación del

suficiente reproche culpabilístico en orden a generar la responsabilidad prevista en los artículos 1902 y 1903 CC, especialmente, cuando la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, como así tiene declarado reiteradamente esta Sala, y esto así, y sin necesidad de mayores razonamientos, permite concluir, a su vez, que la Sala *a quo* no incurrió en ninguna de las infracciones alegadas en los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por la «Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles», lo que origina su perecimiento. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de diciembre de 1990, don J. F. S. M., nacido en 30 de octubre de 1975 e hijo de la actora, se dirigía a su domicilio en la localidad de Cabrerizos, para lo cual, subía por una vereda existente en el lugar que parte de la carretera local 804 e inmediaciones de camino agrícola y chalés de J. L. y que llega hasta la indicada localidad, atravesando la vía férrea Salamanca-Ávila, por el punto kilométrico 108, sin que exista en ese lugar señal alguna o impedimento que dificulte el paso. Cuando el referido menor se encontraba cruzando la vía, fue arrollado por el tren automotor de viajeros, núm. 2224, que era conducido por don I.A.G., y falleció instantáneamente. Por el accidente dicho se incoaron diligencias previas núm. 1532/1990 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Salamanca, que fueron archivadas, sin constancia de notificación del auto de archivo. La actora intentó acto de conciliación con los codemandados, sin que resultara avenencia, con el núm. 17/1992 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de la referida capital.

La reclamación indemnizatoria fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Salamanca en S de 5 de mayo de 1993, al haber prescrito la acción ejercitada, cuya resolución fue revocada por la dictada, en 14 de julio de 1993, por la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, en el sentido de estimar parcialmente la demanda y condenar a RENFE a pagar a doña M. L. Q. S. la cantidad de 4.600.000 pesetas, absolviendo a don I.A.G. del contenido íntegro de la demanda. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la entidad «Red Nacional de Ferrocarriles Españoles». (O. M. B.)

52. Culpa extracontractual: muerte por ahorcamiento de recluta en Centro de Reclutamiento: inexistencia de responsabilidad extracontractual en el personal militar que le atendió.—Analizada la prueba, no es posible imputar a ninguno de los funcionarios y empleados que, pertenecientes al centro militar del caso de autos, se relacionaron con el recluta, desde el momento en que acudió el Capitán M., fue internado en el botiquín del centro y en él permaneció, hasta el momento de producirse el fatal desenlace, acción u omisión alguna que mereciese el reproche culpabilístico que la jurisprudencia evolucionada exige para aplicar el artículo 1902 CC, y tampoco que el reproche fuera factible hacerle desde la perspectiva de la previsibilidad, en cuanto que atendiendo a la sintomatología presentada, no podía prever, cual posible, probable y razonable, la fatídica determinación que tomó don Julio, cuyo lamentable y trágico suceso no cabe atribuir, en forma alguna, a un defectuoso o anormal funcionamiento de la Administración militar. (STS de 8 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren el 5 de diciembre de 1989, y la sentencia (Pte. Barcala y Trillo-Figueroa) realiza un minucioso estudio de las circunstancias concurrentes, de las que cabe considerar como relevantes las siguientes: personalidad y carácter introvertido de la víctima, con dificultad para entablar relaciones sociales; impresión que le causó al Teniente-Médico que le atendió primeramente de tener un trastorno psicótico por las frases y expresiones extrañas que profería, y ausencia de signos de violencia, nerviosismo y agresividad durante su permanencia en las dependencias del botiquín; todo lo cual no permite la previsibilidad del resultado que a las pocas horas se desencadenó, sin que, desde la *lex artis* médica, requiriera una hospitalización psiquiátrica urgente; pericialmente se acredita que podía haber sido perjudicial la administración de un sedante, y la utilización de una camisa de fuerza se reserva a agitaciones psicomotrices verdaderamente importantes; además durante la permanencia en el botiquín no dio muestras de signos violentos, nerviosos y agresivos, y en la práctica diaria la sintomatología no constituía una urgencia psiquiátrica en el sentido de hospitalización, siendo infrecuente que un trastorno esquizofrénico conduzca al suicidio; no existiendo, por último, prueba alguna de que el recluta sufriera novatadas, ni muchos menos de que estuviera sometido a toda clase de bromas y vejaciones desagradables. Los datos extractados avalan la desestimación del recurso (la demanda lo fue en ambas instancias), pero queda en el aire la pregunta de cómo este recluta fue declarado apto para el servicio. (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: daños por incendio declarado en vivienda vecina: responsabilidad de los dueños por riesgo al almacenar paja.—La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 1902 CC, se ha dirigido hacia una minoración del culpabilismo originario, que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero; cada caso debe ser enjuiciado con arreglo a la propia y concreta sustantividad, y dentro del reproche culpabilístico hay que incluir cualquier género de conducta descuidada o desprovista de atención que, de modo más o menos objetivo, fuese susceptible de originar un factor de riesgo; en el incendio causante de los daños en el presente caso no cabe omitir la presencia material de un factor de riesgo, cual es que el almacenamiento de pajas en el camarote del caserío, que comporta, potencialmente al menos, una situación de peligro ante la eventualidad de un incendio en cualquier tipo de vivienda y, tal vez, más aún, en las de carácter agrícola, cuyo almacenamiento en el interior de una vivienda representa una falta de atención y cuidado a imputar al titular de la misma. En el presente caso, dada la indeterminación de la causa del incendio, hay que atribuir a la Sala *a quo* haber infringido el artículo 1902 CC al no haber aplicado la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba. (STS de 30 de julio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Cabe advertir que el TS se mueve con cierta mayor incoherencia en determinados supuestos a la hora de aplicar la responsabilidad por riesgo. En primer lugar, la consabida invocación de la evolu-

ción de la doctrina jurisprudencial a propósito del 1902 CC causa hilaridad al leer el *desarrollo tecnológico* en relación con el almacenamiento de paja en una vivienda; quizá por este camino se llegaría a resultados opuestos a los de esta sentencia; no sería difícil demostrar que en ciertas regiones agrícolas españolas hay costumbre de guardar la paja en forma contigua o en el interior de la vivienda, y ello antes de 1889. Por otro lado, tener una biblioteca nutrida en el interior de una vivienda, o un depósito de cintas de video, puede ser idéntico factor de riesgo en caso de incendio. A mi juicio el problema radica en la gran dificultad en demostrar la causa originaria del incendio; cabría preguntarse si, de no haber existido el depósito de paja, se hubiera declarado la responsabilidad de los dueños. (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: responsabilidad por muerte en accidente de circulación: la presunción constitucional de inocencia no es aplicable a la culpa extracontractual.—La jurisprudencia del TS afirma que el artículo 24 CE, estableciendo la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio de la víctima quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo (SSTS de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993, entre otras).

Significado de la tacha de testigos.—No es un verdadero medio de prueba a pesar de su enclave legal, sino simplemente un sistema o procedimiento para cuestionar, en principio, la prueba testifical, ya que es una alegación de parte procesal por la cual se pretende desvirtuar la fuerza probatoria de lo declarado por aquellos testigos que pueden ser parciales en sus declaraciones; por ello, con las tachas, no se demuestra directamente la falta de veracidad del testigo, sino que se puede sospechar que puede no haber sido veraz, y por ello la declaración del testigo tachado será válida, sin perjuicio del valor que le dé el Juez al apreciar la prueba testifical, según las reglas de la sana crítica. (STS de 12 de junio de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

55. Responsabilidad por negligencia profesional del Abogado: prueba del daño emergente: daño moral: caducidad del recurso de casación e inadmisión de querrela por prescripción.—Difícilmente puede sostenerse que la negligencia del Abogado determinante de la caducidad del recurso y la inadmisión de la querrela por prescripción de los hechos presuntamente delictivos, fuesen la causa directa y determinante de que el recurrente y querellante no viera satisfechas sus pretensiones; pero según doctrina sentada en S de 11 de noviembre de 1997, sí puede afirmarse que tal negligencia fue determinante de otro tipo de perjuicio directo, y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o de la tutela judicial efectiva, porque, por las circunstancias acreditadas en la actuación profesional del Letrado recurrente, y con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si su *facere* hubiera sido diligente, lo cierto es que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al TS como a la jurisdicción penal, y ello supone una especie de quebranto o sensación de frustración que, en puridad técnica pueden subsumirse en el haz vaporoso del daño moral. (STS de 25 de junio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—V. también STS de 16 diciembre 1996, extractada en ADC, 1998, núm. 38, pp. 980 ss. (G. G. C.)

56. Responsabilidad extracontractual. Artículo 1103 CC.—La elevación que, en el acto de la vista del recurso de apelación, hizo la actora de su pretensión indemnizatoria a una cantidad mayor, no puede ser tomada en consideración, ya que habiendo pedido de forma expresa e inequívoca, en su escrito de demanda, que se condenara a los demandados a indemnizarle, solidariamente, en la cantidad de 10.000.000 de pesetas, la referida pretensión indemnizatoria no puede ser elevada a una cifra mayor en momento tan extemporáneo como es el de la vista del recurso de apelación, ya que, como acertadamente dice la sentencia aquí recurrida en su FJ 5.º, ello entraña una evidente *mutatio libelli* o introducción de una cuestión nueva en aquel momento procesal, que no puede ser admitida, por comportar la misma una evidente indefensión para la otra parte.

No obstante ello, ha de tenerse también en cuenta que si bien es reiterada y notoria doctrina de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no en el caso de que ello no sea así, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues la sentencia aquí recurrida, al hacer uso de la facultad moderadora que le concede el artículo 1103 CC (aunque sin citarlo de forma expresa), ha desconocido en absoluto que también es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (SS de 29 de junio de 1978, 31 de mayo de 1985 y 14 de julio de 1997, por citar algunas) la de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquélla en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma.

Por tanto, la moderación de la responsabilidad de los demandados que, en uso de la facultad concedida en el citado precepto, hizo la sentencia aquí recurrida, al aparecer probado que en la producción del luctuoso resultado hubo una concurrencia de culpa por parte del infortunado conductor del ciclomotor, debió ser hecha y no se hizo, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial últimamente citada, dadas las muy especiales circunstancias concurrentes en el presente supuesto litigioso, por el lamentable retraso en la resolución del mismo (más de veinte años), no imputable en modo alguno a la actora, aquí recurrente, y, en consecuencia, debió haber acordado que la indemnización que ha de ser abonada a la misma, es la total que resulte de revalorizar la cantidad de 7.500.000 pesetas con arreglo a las variaciones del índice de precios al consumo, producidas durante el período comprendido entre el 19 de noviembre de 1976 (en que ocurrió el accidente objeto de este proceso) y la fecha de ejecución de sentencia, en que se hará la referida revalorización. (STS de 25 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don M. P. H. y su hijo don M. P. M. iban subidos en un ciclomotor, conducido por éste y ocupando el padre la parte de atrás del mismo, circulando por un camino, en término municipal de Pinos Puente, cuando al tratar de cruzar un paso a nivel debidamente señalizado, sin guarda, existiendo una espesa niebla, fueron arrollados por el Tren Rápido TAF 174, de viajeros, procedente de Granada con destino a Algeciras, conducido por el maquinista don M. P. E., resultando

muerdos los dos ocupantes del ciclomotor. El Procurador don L.M.F. en nombre y representación de doña J. M. C., que actúa en nombre propio y como representante legal de sus hijos menores A. P. M., R. P. M. y A. P. M., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Granada, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don M. P. E. y contra la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), sobre reclamación de cantidad.

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción de prescripción de la acción procedente de culpa extracontractual absolviendo a los demandados don M. P. E. y RENFE. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia confirmando la de primera instancia. La sentencia de casación confirma igualmente la sentencia recurrida. Contra las referidas sentencias se interpone recurso de amparo. El TC anula las sentencias impugnadas y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia por la Audiencia de Granada. La Audiencia Provincial de Granada revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta ciudad, y condena solidariamente a don M. P. E. y a la RENFE a que abonen a la actora la cantidad de 7.500.000 pesetas por los daños y perjuicios sufridos. La Procuradora doña B. R. C., en nombre y representación de doña J. M. C., interpuso recurso de casación. (*O. M. B.*)

57. Responsabilidad por culpa extracontractual: nexo de causalidad.—Recuerda el Alto Tribunal en la S de 23 de noviembre de 1994, según la cual «como ha declarado esta Sala (S de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores), en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, adecuada como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar».

Prescripción de la acción: interrupción del plazo por existencia del procedimiento penal.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que seguido un procedimiento penal para la depuración de las responsabilidades de esa naturaleza que pudieran derivarse de los hechos litigiosos, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles que de aquéllos pudieran nacer, no empezará a contarse sino desde la notificación al perjudicado de la resolución firme que puso término al procedimiento penal.

Por lo que se refiere a la prescripción de la acción, ante la alegación del recurrente de que por la falta de acompañamiento a la demanda inicial del poder original a favor del Procurador que decía ostentar la representación del actor, la demanda no tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo de prescripción, recuerda la Sala que «de acuerdo con los términos del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley Procesal Civil, la falta de acompañamiento a la demanda del poder para pleitos que acredite la representación del Procurador no da lugar a la repulsión de la demanda sino, simplemente, a la paralización de su curso; se trata, por tanto, de un defecto subsanable que, una vez reparado, determina que los efectos de la demanda se retrotraigan al momento de su presentación, lo que igualmente resulta del artículo 693, regla 3.ª, de la propia Ley».

Inaplicación del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 CE al caso de culpa extracontractual.—Tiene declarado esta Sala (SS de 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992, 2 de marzo de 1993 y 27 de septiembre de 1994) que el artículo 24.2 CE, que establece el principio de la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es la significación reparadora o de compensación y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenían antes de sufrirlo.

Principio de solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos.—Es reiterado el criterio jurisprudencial que establece la solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos, cuando no es posible individualizar la de cada uno de los partícipes en el evento causante de los daños; como dice la S de 2 de diciembre de 1993, «si el recurrente considera, no obstante, posible esa individualización, debió de intentar su prueba en la fase litigiosa correspondiente, lo que no consiguió; siendo totalmente inviable que en este momento procesal trate de conseguirla. Efectivamente, puede discutirse en casación la culpa de los intervinientes, que no es en este caso una mera cuestión de hecho (SS, entre otras, de 31 de enero y 3 de septiembre de 1992), así como si existe o no solidaridad, pero lo que no puede hacerse es revisar la prueba para determinar la participación individual de cada uno en la producción de los daños».

Moderación de la indemnización.—Recuerda el TS la S de 19 de julio de 1996, que dice que «si bien es doctrina reiterada de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptibles de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia. (STS de 20 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El día 18 de septiembre de 1987 el actor, laminador, con categoría profesional de oficial de segunda, se encontraba trabajando en la sección de poliéster de la empresa *Astilleros Gallart, S. A.*, cuyo encargado era el codemandado don V. G. T., cuando procedió en compañía del operario don F. J. R. Z., a trasladar el molde de fibra de vidrio, que dada su ubicación les impedía su trabajo, diseñado por el codemandado Sr. S. L., bajo la supervisión del Jefe de Producción de la empresa don D. P. M. P., carente de agarraderas, para lo cual lo empujaron por su base con intención de lograr el desplazamiento cuando, debido a la obstaculización representada por un cable existente en el suelo y la escasa base del referido molde éste se venció atrapando a los citados trabajadores y causando al actor lesiones consistentes en síndrome medular transverso completo por debajo del segundo segmento neurológico lumbar (paraplogía), secundario a fractura luxación D-12, de las que tardó en curar doscientos cincuenta días restándole

secuelas que determinan que para realizar los hechos elementales de la vida precise de la ayuda y cuidados de otras personas. (A. G. B.)

58. Culpa extracontractual: daños continuados en superficie por labores mineras: prescripción.—Los daños reclamados son de los calificados de continuados, según S de 25 de junio de 1990, esto es, aquellos que continuamente se están operando y produciendo, respecto de los cuales el cómputo de plazos de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados, la serie proseguida (SS de 21 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981 y 19 de septiembre de 1985), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (doctrina reiterada en SS de 15 de marzo, 24 de mayo y 24 de junio de 1993); existiendo informe pericial de la Junta de Castilla y León que permite asegurar que, con un año de antelación a la presentación de la demanda, no había concluido el proceso de asentamiento del terreno por causa de las labores mineras

Litisconsorcio pasivo necesario.—No procede demandar a los anteriores titulares de la concesión minera, ya que se considera probado que la causa de las grietas y fisuras en los edificios dañados se debe a las labores mineras efectuadas en profundidad por la empresa demandada situadas bajo el terreno en que se emplazan las edificaciones, consistentes en la desecación del terreno a causa de las labores mineras, por lo cual no existe elemento alguno de juicio que permita establecer corresponsabilidad a los anteriores explotadores de la mina.

Incongruencia.—No incide en ella la sentencia que concede menos de lo solicitado, o sea si determina responsabilidad mancomunada en vez de solidaria, cosa que, por otro lado, correspondía denunciar exclusivamente a los actores porque a los demandados no les agravaba su situación de deudores.

Levantamiento del velo.—Es inocua la invocación de esta doctrina cuando se establece la responsabilidad de los demandados por daños causados por las labores de desecación de la mina ejecutadas antes de la autorización administrativa del contrato de arrendamiento de la concesión minera, teniendo en cuenta que el artículo 94.3 de la Ley de Minas de 1973 establece que el arrendatario sólo será considerado como titular legal a todos los efectos cuando se conceda la autorización por el organismo competente.

Relación de causalidad.—Según reiterada jurisprudencia se aplica el principio de la causalidad adecuada, que se define, entre otras, en S de 31 de enero de 1992. Aplicada al presente caso, no cabe duda de que los daños causados en la casa de los actores designada como edificio A, fueron causados por el asentamiento del terreno consecuencia de la desecación de la zona del subsuelo por las labores mineras realizadas; pero a solución contraria hay que llegar en cuanto a los daños sufridos por la nave de nueva construcción, iniciada cuando estaban en marcha las labores mineras y la desecación de los terrenos, apareciendo los desperfectos de forma inmediata a su construcción, lo que, unido a su gravedad, permite afirmar que en su producción, no obstante su concurrencia temporal, no ha tenido trascendencia eficiente la subsidencia del terreno, cuya influencia hubiera podido ser evitada con la debida diligencia del Aparejador proyectista de la obra. (STS de 4 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

NOTA.—Es curioso constatar que los daños más cuantiosos fueron los causados en el edificio B (16.000.000 de pesetas) mientras que en el edificio A sólo ascienden a 700.000 pesetas; al estimar parcialmente el recurso de casación los titulares de la concesión minera evitan el pago de los primeros. ¿Desacertada dirección letrada? ¿Cálculo equivocado sobre la eventual solvencia de los posibles responsables ya que el titular de la concesión tenía un seguro de responsabilidad civil? El resultado para los actores ha sido una victoria *pírrica*, cuyo importe difícilmente compensará los gastos y la dilación de cerca de una decena de años desde la producción de los daños. Por otro lado, la responsabilidad por ruina (respecto al edificio B) se alega frecuentemente y hay jurisprudencia abundante. Acertada la calificación de los daños continuados (Pte. Pedro González Poveda). (G. G. C.)

59. Responsabilidad extracontractual. La declaración de incapacidad no interrumpe la prescripción de la acción.—La incapacidad producida por el accidente se conoció, al menos, desde el alta médica de 19 de noviembre de 1985 y desde ese momento pudo ejercitarse la acción de incapacitación, al igual que pudo ejercitarse la acción reparadora de daños y perjuicios desde la notificación del auto ejecutivo (SS de 5 de noviembre de 1981 y 6 de junio de 1984) de fecha 15 de septiembre de 1986 o desde que se abonó su importe el 21 de noviembre del propio año, pues según el artículo 1968 CC prescriben por el transcurso de un año «las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado» y en el caso que nos ocupa lo supieron él, su padre y su letrado en cualquiera de los momentos reseñados. El tiempo empieza a contar desde el día en que la acción pudo ejercitarse, según el artículo 1969 CC, de manera que conocidos de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica (SS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985, y 21 de abril de 1986, entre muchas otras), sin que conste la susceptibilidad de mejora, desde ese momento se inició el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, sin que en contra puedan tenerse en cuenta circunstancias subjetivas de quien se atribuye el derecho, ya que a partir del dato objetivo lo que puede hacerse, en razón a tales circunstancias, es interrumpir la prescripción de alguna de las formas que contempla el artículo 1973, cosa que no se hizo.

Presentada en 6 de marzo de 1989 la acción reparadora o indemnizatoria, es llano que había prescrito y ello se debe al abandono o si se quiere negligencia del recurrente, que pudo interrumpirla y no la interrumpió, dado que a estos efectos ninguna relación tiene la acción de incapacitación y no pueden atribuirse consecuencias interruptivas, pues como dejamos dicho en la S de 17 de abril de 1989 (que recoge las SS de 31 de diciembre de 1917, 2 de mayo de 1918, 8 de noviembre y 5 y 3 de junio de 1972) los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo; y ello aunque la prescripción no se base en principios de justicia intrínseca y busque la seguridad jurídica, porque no hay incertidumbre en el *dies a quo* y desde el 15 de septiembre de 1986 o, si se quiere, desde el 21 de noviembre del propio año hasta el 6 de marzo de 1989 ha transcurrido con exceso el plazo prescriptivo, sin que se ejercitase el derecho ni se proveyese a su conservación por actos interruptivos. De haberse resuelto de otra forma se hubieran vulnerado los artículos 1968, 1969 y 1973, sin que se haya violado el 199, dado que la acción de incapacitación no tiene en sí valor interrup-

tivo y su ejercicio no impedía, en modo alguno, los actos de interrupción, que pudieron solicitarse del Juez o ejercitarse por el guardador, tutor de hecho o titular de la patria potestad. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de mayo de 1983, un vehículo conducido por don A. Z. A. alcanzó a don J. F. P. G. cuando en la localidad San Salvador del Valle, a las cuatro quince horas, cruzaba la calzada por lugar no señalizado. Se siguió procedimiento penal, en el que consta el informe médico de sanidad, con las secuelas incapacitantes, de fecha 19 de noviembre de 1985. La sentencia absolutoria del Juzgado de Distrito fue confirmada por el Juez de Instrucción de Baracaldo en S de 5 de septiembre de 1986. Se dictó auto ejecutivo por 1.148.400 pesetas a satisfacer por la *Mutua Madrileña Automovilista* el 15 de septiembre de 1986. El importe del título ejecutivo le fue satisfecho por la *Mutua* el 21 de noviembre de 1986, firmando el recibo tanto don J. F. P. G., como su padre don B. P. L., quien presenta en mayo de 1987 demanda de incapacitación, recayendo sentencia que declara la incapacitación y rehabilita la patria potestad en 28 de noviembre de 1987, declarándose su firmeza en 16 de marzo de 1988.

Don B. P. L., en ejercicio de la patria potestad rehabilitada sobre su hijo don J. F. P. G., presentó demanda el 6 de marzo de 1989 por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC contra don A. Z. A y la *Mutua Madrileña Automovilista*, reclamando una indemnización de daños y perjuicios ascendentes a la suma de 12.000.000 de pesetas, de cuya cantidad habrían de descontarse 1.148.400 pesetas ya recibidas en virtud de auto ejecutivo dictado el 15 de septiembre de 1986. Solicitó, igualmente, que se le concediese el beneficio de justicia gratuita, suspendiéndose mientras tanto el curso de la demanda principal. Concedido tal beneficio, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Baracaldo dictó sentencia absolutoria de los demandados, al acoger la alegada prescripción de la acción, y tal sentencia fue confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao, en la suya de 26 de abril de 1993. Recurre en casación don B. P. L. (O. M. B.)

60. Responsabilidad extracontractual. Interrupción del plazo de prescripción de la acción por reclamación administrativa previa.—Afirma el TS que la reclamación administrativa previa, entendida como reclamación extrajudicial, interrumpe, tal y como señala el artículo 1973 CC, el plazo de prescripción establecido en el artículo 1968 CC. (STS de 14 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En noviembre de 1990 se produce el desbordamiento de una acequia causando daños en las instalaciones de la empresa *Industrias Leblan, S. L.* En mayo de 1991 la citada sociedad formula reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles frente al *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén*. Transcurridos tres meses desde la reclamación no existe contestación alguna por parte del órgano administrativo.

En mayo de 1992, la sociedad *Industrias Leblan, S. L.*, interpone demanda contra el *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén* y tres *Comunidades de Regantes*, suplicando se condene a los demandados a pagar, de forma solidaria, determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las *Comunidades de Regantes* y desestimó el interpuesto por el *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

61. Culpa extracontractual: responsabilidad del Centro especializado de Autistas: pérdida de visión por traumatismo: causalidad adecuada.—Esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial 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 permiten valorar en cada caso si el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y 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, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

Deber de diligencia del Profesor-Cuidador.—Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esta diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. De la base fáctica presentada en la S de la Audiencia se deriva el actuar culposo del Profesor-Cuidador, ya que, por un lado, en la fecha del episodio enjuiciado, el desarrollo físico del alumno era normal, con buena textura física, «si bien con cierta descoordinación de movimientos», y, por otro, que se le entregó para su traslado una balda o estantería cuyas dimensiones se cifran aproximadamente entre 1,50 metros de largo por 0,50 o 0,60 de ancho, y 2 metros de largo por 0,50 de ancho; siendo llano que tal encargo había de incidir en una cierta inestabilidad originadora de la caída, sin que tal actuar pueda justificarse por las circunstancias personales, ni por el entorno social o sector del tráfico en que se desarrolla la actividad, que requeriría mayores cuidados, pudiendo preverse y evitarse la caída sin renunciar a la actividad, pero poniendo mayor cuidado en la elección del objeto a transportar.

Prueba por presunciones.—Aunque es cierto que esta Sala ha declarado que la presunción del artículo 1253 CC, como medio supletorio de prueba, es difícil que pueda exigirse su aplicación en el proceso, y excepcional que pueda impugnarse en casación por haberse omitido su empleo, la excepcionalidad no implica imposibilidad, y esta Sala ha casado sentencias por no emplear la prueba de presunciones cuando de los hechos demostrados para la propia sentencia recurrida surge la conexión, coherencia o congruencia obligada, según la lógica o recta razón, con el hecho o relación jurídica consiguiente. Así la no apreciación por la Audiencia de nexo causal entre la caída y lesión en el ojo, con la pérdida de visión del mismo, por atrofia del nervio ocular, carece de la lógica necesaria y es censurable en casación.

Responsabilidad por hecho ajeno: artículo 1903 párrafo 4.º CC.—Constando la culpa, el daño y el nexo causal, la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 CC abarca a la Asociación de Padres de Niños Autistas, titular del Centro «B. de la J.», por culpa *in eligendo* o *in vigilando* al ser el Profesor-Cuidador dependiente jerárquico suyo; responsabilidad, que como declara la jurisprudencia, es de matiz marcadamente objetivo, de carácter direc-

to, y solidaria, pudiendo el demandado dirigirse contra cualquiera de ellos, al ser la causa única.

Cuantía de la indemnización.—En lugar de fijar una cantidad alzada, como la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se establece una pensión vitalicia mensual a favor del lesionado, de cien mil pesetas, entendiéndose incluida en la misma la reparación del daño moral. (STS de 3 de julio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La singularidad del caso ha dado origen a una notable sentencia (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) en la que se analizan y valoran a efectos indemnizatorios, la actividad desarrollada en un Centro de Autistas calificado de Subnormales profundos, en relación con una persona de veintidós años, autista y con oligofrenia profunda, crónica e irreversible, quien a los once años perdió la visión total del ojo derecho por autolesión; en el momento de los hechos se encontraba en régimen de internado, salvo los fines de semana. Los objetivos de tal actividad resultan ser muy limitados, mediante la terapia de juegos y actividades muy sencillas, para tratar de obtener un nivel de convivencia y sociabilidad siempre muy reducido; entre aquéllas se cuenta la realización de tareas materiales o trabajos elementales para mantener algún modo de ocupación de los alumnos. Ingresado el enfermo a los diecisiete años en este centro de educación especial, había logrado cierto progreso en su índice de sociabilidad y una mejor dirección por sus padres y tutores, habiendo desaparecido la tendencia a la autoagresión, salvo la manía de clavarse las uñas en el pecho. La dificultad del proceso ha radicado en la prueba ya que inicialmente se prestó al lesionado asistencia médica que no detectó ninguna anomalía ocular, ni tampoco la detectaron sucesivos reconocimientos por especialistas, hasta que al cabo de varios meses se diagnosticó la pérdida total de la visión en el ojo sano, que suponía la ceguera de la persona.

Resulta interesante la aplicación de la prueba de presunciones a los hechos probados, pese a la restrictiva doctrina jurisprudencial al respecto, de modo que los mismos hechos que sirvieron de base a la Audiencia Provincial para estimar el recurso de apelación y rechazar la demanda, ahora han permitido al TS estimar el recurso de casación, ofreciendo una explicación racional de los hechos que inicialmente carecían de ella. Sucinta es, por último, la explicación de la S para sustituir la indemnización fijada por el Juzgado de Primera Instancia en una pensión vitalicia, y que, al no contener una cláusula automática de estabilización, corre el riesgo de devaluarse a lo largo de la vida de la víctima, aunque, inicialmente, resulta más ventajosa que la fijada en instancia en forma de un capital de once millones de pesetas. (G. G. C.)

62. Culpa extracontractual: daños por caída de grúa en propiedad vecina: responsabilidad del contratista.—El recurrente, como contratista de la obra, concertó con empresa legalmente autorizada la instalación y puesta en funcionamiento de la grúa elevadora, estando sujeta tales empresas a una severa reglamentación administrativa para su establecimiento, funcionamiento y montaje de aparatos elevadores, los cuales deben realizar con sus propios técnicos titulados, lo mismo que la puesta en marcha, y suscribir seguro de responsabilidad civil por 50.000.000 de pesetas (RD de 26 de septiembre de 1980 y OOMM de 9 mayo de 1983 y 15 de febrero de 1985); por ello es claro que a la recurrente no se

le debe exigir mayor diligencia que la de contratar con la empresa autorizada, siendo erróneo asentar su presunta responsabilidad en los artículos 1902 y 1903 CC, pues la empresa instaladora no se hallaba subordinada ni era dependiente de la contratista, cualidades que son las que condicionan la responsabilidad de una empresa por los daños que puedan ocasionarse en el desenvolvimiento de la actividad de la otra con quien contrata (SS de 7 de noviembre de 1985 y 20 de diciembre de 1996, entre otras).

Responsabilidad del dueño de la obra.—La recurrente no es más que la empresa comitente de unas obras, cuya realización contrató con contratista y técnicos profesionales, y en cuyas funciones no tuvo ninguna labor de dirección; en consecuencia, falta la base de aplicación del artículo 1903 CC. (STS de 11 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Como consecuencia de la estimación de los recursos de casación interpuestos por dos de los demandados, queda sólo en pie la condena al pago de más de 20.000.000 de pesetas impuesto a la persona que montó materialmente la grúa, y que —por cierto— fue declarada en rebeldía en primera instancia. En relación con el recurso interpuesto por el contratista, el TS rechaza previamente la excepción de litisconsorcio pasivo (al no haber demandado a la empresa *Montaje de Grúas y Ascensores*, y sí únicamente a la persona que materialmente la montó) declarando que el perjudicado puede dirigir su demanda contra quien crea responsable, y que cuando se declara que no lo es, *sibi imputet*; y recuerda asimismo la doctrina mayoritaria de la Sala sobre la responsabilidad solidaria de los intervinientes en el hecho productor del daño. Ahora bien, admite el TS que esta empresa constructora, al contratar los servicios de la grúa, creó un riesgo muy cualificado para las propiedades cercanas y para los transeúntes por las calles adyacentes; si bien esta creación de riesgo en su provecho, no es legalmente causa para que se imponga una responsabilidad objetiva, al no existir norma en particular que así lo disponga, pero sí debe suministrar una prueba cumplida y agotadora de su diligencia para evitar el daño. De algún modo la anterior afirmación viene a contradecir la siguiente afirmación de que al recurrente no se le debe exigir mayor diligencia que la de contratar con la empresa autorizada, que cumple con los requisitos legales requeridos. También parece discutible la afirmación de que el Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual no responsabiliza por los daños ocasionados a tercero al propietario de los objetos que los causan, sino al arquitecto o contratista siempre y cuando exista defecto de construcción (el defecto de construcción parece contemplarse en el núm. 4.º del artículo 1908 y en el 1909, pero no en el resto de las hipótesis previstas en los artículos 1907 y 1908; la STS de 15 de septiembre de 1997 establece la responsabilidad del dueño del terreno, extractada en *ADC*, 1999, núm. 43, pp. 498 ss.). En todo caso, y dada la complejidad de las operaciones materiales y técnicas preparatorias de la construcción de edificios, el TS ha realizado una selección, exonerando de responsabilidad al contratista que ha concertado los servicios del gruísta, así como al dueño de la obra, haciéndola recaer exclusivamente en el montador de la grúa, solución que parece razonable, a la vista del planteamiento de la demanda, aunque, respecto del único condenado, su situación de rebelde en el proceso, no garantiza que las indemnizaciones se abonen efectivamente. (G. G. C.)

63. La diligencia en los medios empleados para la curación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele la negligencia de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las concretas circunstancias.—Si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgencias (flemón dentario) y el grave resultado (muerte del paciente) que, en poco tiempo se produce, con toda razón, se infiere que estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia. En efecto, la S de esta Sala de 2 de diciembre de 1996, sostiene que «no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y extemporánea utilización».

Responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hechos atribuibles al personal dependiente, al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*.—Resulta probado, conforme dictamina el perito, que aun cuando no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiera seguido un curso tan desfavorable, es lo cierto que, ante un proceso de las características que aquejaba al enfermo, «lo mejor es intervenir cuanto antes». Aclara también que la realización de una analítica de urgencia «no tiene por qué tardar demasiado tiempo». Consecuentemente, ha de concluirse que teniendo presente, el diagnóstico etiológico de angina de *Ludwig*, que fue la causante del curso séptico originado por la infección a que respondía el flemón por la inflamación (infección no detectada ni investigada inicialmente) la realidad es que al tardarse más de catorce horas en efectuarse la «desbridación», dada la virulencia de este tipo de infecciones, se produjo una extensión de la misma desde el suelo de la boca hacia el mediastino en que tuvo especial importancia el retraso en el actuar del centro hospitalario. Tales circunstancias fácticas expresan, como mínimo, una falta de coordinación en los servicios del centro hospitalario y una inicial valoración de la gravedad del padecimiento, poco acorde con la realidad subyacente que exigía una rapidísima intervención. No demostrada, de otra parte, la inevitabilidad del resultado, ni facilitados medios convincentes de prueba, acreditativos del empleo de toda la diligencia exigible en un caso de esas características, se entra de lleno, en la aplicación del artículo 1903 CC, cuyos elementos constitutivos concurren, ya que es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara con reiteración la responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuible a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo* (SS de 7 de abril de 1997, entre otras).

La relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas

adecuadas. La existencia del deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave.—Según el voto particular del magistrado Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes recoge la S de 6 de julio de 1990 que «la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas —SS, por ejemplo, de 26 de mayo de 1986, 7 y 12 de febrero de 1990—, y mayor responsabilidad se genera aún al no aplicar medio alguno, prescindiéndose del simple reconocimiento, con posibilidad de ejercitar la acción directa contra el centro hospitalario por la omisión negligente de quienes de él dependen (art. 1903 CC y jurisprudencia que lo aclara)». Asimismo, «a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal o de tipo civil, pues comporta una violación de una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificado como delito, deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social y la repulsa del ente social de toda conducta omisiva o de rechazo de asistencia médica y hospitalaria, cuando cuenta con tales servicios médicos» (S de 6 de julio de 1990). (STS de 22 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tarra-
sa se interpone juicio de menor cuantía contra la entidad *Mutua de
Tarrasa, Montepío de Previsión Social*, sobre reclamación de cantidad,
por el fallecimiento del esposo de la parte actora, como consecuencia
de un flemón dentario que derivó en una infección que desencovó en
un «shock séptico», causa inmediata de la muerte, tras las intervencio-
nes quirúrgicas practicadas en el centro hospitalario demandado.
Admitida a trámite la demanda, se contestó a la misma, solicitando la
desestimación de las pretensiones de la actora. Dictada sentencia en
primera instancia, se desestimó íntegramente la demanda.

Se interpone recurso de apelación ante la Sección Primera de la
Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima el recurso, confir-
mando la sentencia dictada en primera instancia. Formalizado el
recurso de casación se condena a indemnizar con la suma
de 40.000.000 de pesetas (se habían solicitado 60.000.000 de pesetas)
al centro hospitalario demandado, indicándose que respecto a los dos
odontólogos que inicialmente atendieron al paciente, al no haber sido
demandados, no ha sido posible determinar su responsabilidad en los
hechos, estableciendo por tanto, una responsabilidad directa e indivi-
dualizada del centro.

Formula uno de los magistrados voto particular en el que se decla-
ra no haber lugar al recurso de casación, por estimar que la obligación
del médico consiste en atender al paciente con los medios más adecua-
dos para procurar su curación, porque lo contrario constituirá delito de
omisión del deber de socorro, y en el caso que nos ocupa no puede pro-
barse qué hubiera pasado de haberse realizado la intervención antes,
toda vez que los peritos han coincidido en afirmar que el tratamiento
aplicado fue correcto. (A. I. H. O.)

64. Naturaleza de la obligación de los profesionales sanitarios.—La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.

La responsabilidad del profesional sanitario no es objetiva.—En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente. Ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

La regla general sobre carga de la prueba tiene como excepción los casos en que hay un daño desproporcionado.—La doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción a falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal. (STS de 8 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante en casación solicita una indemnización a los demandados (INSALUD, Tesorería de la Seguridad Social, dos compañías aseguradoras y un cirujano) por los daños que sufre en una pierna y que según sus alegaciones son imputables a una sencilla operación de hernia muscular en la pierna derecha que llevo a cabo el cirujano demandado. Los demandados fueron condenados en primera instancia y absueltos en apelación por la Audiencia Provincial. (M. C. P. A.)

65. Responsabilidad médica.—Conforme establece la Sala, a tenor del caso analizado, la culpa o negligencia y el nexo o relación causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, son cuestiones jurídicas que pueden acceder a la casación por vía del núm. 4 del artículo 1692 LEC, pero respetando siempre las declaraciones de orden fáctico contenidas en la sentencia recurrida, al pertenecer a los juzgadores de instancia tanto la apreciación como la valoración probatorias.

En general, en la conducta de los profesionales sanitarios, no sólo queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sino que tampoco opera la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación meramente material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio o más generalmente en una acción culposa, pero cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa, tampoco hay responsabilidad sanitaria.

Conforme se deduce de la S de 10 de enero de 1996, la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado a proporcionarle al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, pero no a curarlo, descartándose la responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida en daños de otro origen, y estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y el nexo causal, sin que baste la relación

material o física, a la que ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin el cual no hay responsabilidad sanitaria. (STS de 20 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía núm. 216/89, sobre reclamación de cantidad, en el cual la parte actora solicitaba sentencia condenatoria del demandado, en función de su actitud negligente. Tal pretensión fue desestimada por resolución de fecha 20 de diciembre de 1993. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba, la cual resolvió con fecha 18 de marzo de 1994, desestimando la apelación presentada. Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC. (J. L. B.)

66. Responsabilidad médica: aplicación a la responsabilidad del cirujano y al anestesiólogo: intervenciones para corregir secuelas de accidente en menor de edad.—La obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo —obligación de resultado—, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc* —obligación de medios—, y atendida esta posición jurídica, en conexión con la valoración probatoria efectuada en apelación, se observa la realidad de unas conductas incursas en falta de diligencia y, por ende, denotadoras de evidente culpabilidad. En efecto, el anestesiólogo no efectuó al paciente las pruebas para detección de una posible sensibilidad a la anestesia, pese a no tratarse de una operación urgente, y por omitir el adecuado control de las constantes vitales en los términos obligados; el cirujano no advirtió de forma inmediata el paro cardio-respiratorio, y, ante tal situación, es exigible al operador el aseguramiento de que las constantes vitales del paciente eran permanentemente controladas mediante otros sistemas —lo que no consta que el médico efectuara en modo alguno—, ya que de haberse hecho así se hubieran podido detectar las anomalías ante los síntomas de la referida parada y de la hipoxia, y, por tanto, quedaría expedita la utilización a tiempo de los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas, a fin de evitar lesiones irreversibles como las que finalmente acaecieron.

Prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor.—Los médicos demandados para eludir su responsabilidad debían ofrecer explicaciones convenientes de los hechos y acreditar la concurrencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor en la coyuntura enjuiciada, sin que esta posición suponga quebranto de la responsabilidad culpabilística del artículo 1902 ni tampoco inversión de la carga de la prueba, pues acreditada la negligencia del cirujano y del anestesiista, sobre ellos recae la carga de demostrar la presencia de los sucesos referidos, habiendo declarado la STS de 31 de julio de 1996, en un caso de responsabilidad médica, que la inevitabilidad exigida para la fuerza mayor es una cuestión de hecho cuya existencia corresponde acreditar al demandado. (STS de 29 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Para tratar las lesiones sufridas por un menor en accidente, un centro sanitario privado realiza diversas intervenciones quirúrgicas, produciéndose un accidente anestésico, ocasionante de la parada cardio-respiratoria con resultado de una descerebración y una situación de gran invalidez, siendo el enfermo tributario de por vida de una silla de ruedas, con dependencia absoluta de otras personas para cualquier actividad vital. Estimada la demanda en ambas instancias, en apelación se fija una indemnización de 30.000.000 de pesetas más una pensión vita-

licia con el límite de 45.000.000 de pesetas (se supone que por ambos conceptos). El recurso de casación —que, por cierto, no discute ni la cuantía ni la modalidad de indemnización— es desestimado con base en la doctrina extractada, que es plenamente de aprobar, incluso en lo relativo a la carga de la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor (Pte. Ilmo. Sr. García Varela). Notable es la descripción del *acto anestésico* contenida en el FD 1.º, que merece transcribirse: «El acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, y para su corrección requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos: 1.º El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente. 2.º Los estándares para la valoración preoperatoria, pruebas complementarias preoperatorias, perianestesia y cuidados postanestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) La evaluación preanestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) perianestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de los líquidos. De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intraoperatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen: a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; y b) la permanente evaluación monitorizada de: 1) la concentración inhalatoria de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con un analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2) la conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3) con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo de electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno; y c) postanestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación postanestésica». Se dice en la S que se ha recogido la opinión facilitada por la Presidencia de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor. Sobre responsabilidad del anestesista v. también STS de 13 de diciembre de 1997, relativo al fallo negligente en el empleo de un aparato de control de las constantes del enfermo (extractada en *ADC*, 1999, núm. 47, p. 502). (G. G. C.)

67. Culpa extracontractual; muerte por inoculación de bacteria intrahospitalaria: responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud: concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual.—Como ya se declaró en STS de 31 de diciembre de 1997, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, o similar, y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, dando lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o, incluso, proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las

normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible; en el caso que nos ocupa no ha existido cambio de acción o pretensión, pues en la demanda se citan las normas generales sobre las obligaciones, al tiempo que los artículos 1903 y 1964 CC, reconociendo además el recurrente la unidad de los requisitos con el artículo 1101 CC.

Relación jurídica del fallecido con el Instituto Catalán de la Salud.—*Prima facie*, entre el fallecido y la Seguridad Social existía una relación jurídica previa, en virtud de la cual fue posible su ingreso y la posterior asistencia sanitaria en el centro en el que falleció, por lo que no es posible entender que ningún vínculo jurídico ligaba al usuario del servicio médico y asistencial de la Seguridad Social, ni que el daño que sufrió derivara pura y simplemente de una situación de hecho en la que, por la infracción de la diligencia debida, por parte de algún agente, todavía no conocido materialmente, se vulnerara el principio general del *alterum non laedere*; y parecidos argumentos, por hechos ocurridos en el mismo hospital, se rechazaron en STS de 18 de febrero de 1997.

Muerte por inoculación de bacteria intrahospitalaria.—Tal inoculación, causante del fallecimiento, no pudo ser debida más que a una falta de control higiénico sanitario por parte de la entidad pública, constitutiva de infracción contractual del deber de diligencia, generador de un mal indemnizable con base en el artículo 1101 y concordantes del CC, insertando la teoría del riesgo en el seno de la relación contractual, al no haberse controlado las fuentes del peligro. La responsabilidad del Centro sanitario nace de modo directo por 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, aunque en todo caso concurre en persona del ámbito del Servicio Catalán de la Salud; esta responsabilidad como empresario tiene matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sin que le sea de aplicar el régimen de la responsabilidad por el acto médico.

Aplicación de la LGDCU de 1984.—A mayor abundamiento son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley de Protección de Consumidores, en cuanto que el paciente era consumidor, utilizó servicios entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrollan los artículos 25 ss. de la Ley; en defecto de los niveles de pureza presumidos por la ley, que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o a su reactivación en el referido medio, y cuando estos controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva. (STS de 18 de junio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre la aplicación del artículo 28 LGDCU véase ampliamente Clara I. Asúa González, *Responsabilidad sanitaria* (Ponencia presentada al Congreso de la APDC en Santiago, noviembre 1999, p. 55 ss.) (G. G. C.)

68. Responsabilidad por riesgo del Ayuntamiento que organiza un festejo taurino.—La organización del festejo por el Ayuntamiento es determinante

de la llamada responsabilidad por riesgo. En este caso quien asume el riesgo no es el participante, sino el propio Ayuntamiento organizador del festejo, que es quien obtiene el beneficio o provecho y quien debe apear con los riesgos y contingencias que pudieran dar lugar y es indiscutible que debe tomar las medidas de precaución adecuadas, extremando su actuación diligente.

El comportamiento temerario de la víctima no supone exoneración.—Debe descartarse que el supuesto comportamiento temerario de la víctima produzca la exoneración de responsabilidad del ente por el juego de la culpa exclusiva de la víctima, ya que el riesgo generado por una actividad que el Ayuntamiento trata de fomentar para el mejor desarrollo o disfrute de las fiestas patronales, deriva en que esa dinámica, debe ser la fuente de imputación de responsabilidad por cualquier daño o menoscabo que se derive de todo el complejo de festejos así organizado y luego celebrado. (STS de 17 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación es el Ayuntamiento de Coria del Río, que ha sido condenado por la Audiencia Provincial por la muerte de una persona joven que con unas copas de más se enfrenta a un toro en las fiestas de esta localidad. La fiesta consiste en la suelta de un toro por el casco antiguo de la ciudad, por las calles y plazas previamente seleccionadas y por el evidente riesgo que esta actividad genera (aumentado por la duración del festejo, más de dos horas). El ayuntamiento suscribe una póliza de seguro para cubrir cualquier contingencia que pueda surgir. (M. C. P. A.)

69. Culpa extracontractual: daños por explosión de gas butano acumulado en la vivienda: responsabilidad por riesgo: doctrina jurisprudencial sobre riesgo acreditado: inversión de la carga de la prueba: deber de diligencia de la empresa suministradora ante deficiencias detectadas.—La doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones, y, con mayor intensidad, cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponible, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar de adecuada aplicación el artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas. Tratándose del uso doméstico del gas butano, no basta, ni resulta para exonerar de toda responsabilidad, que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaure es exigente de una diligencia extremada y hasta agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar, lo que obligaba a *Repsol Butano S. A.*, no a la mera denuncia escueta y burocrática de las deficiencias detectadas, sino al seguimiento de que efectivamente se habían hecho desaparecer para llevar a cabo el suministro del butano con las más adecuadas condiciones de seguridad; pues la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el servicio del suministro continúa.

Incumplimiento de medidas administrativas.—El Real Decreto de 14 de diciembre de 1983, que modificó el Reglamento de 1973, establece que cuando como resultado de la inspección se compruebe que la instalación no cumple la

normativa vigente, se le comunicará al cliente, con indicación de las modificaciones a introducir y señalando plazos en las que deben ser realizadas; y cuando estos trabajos reparadores no se realizan, la normativa administrativa resulta previsoramente y establece dos supuestos, el primero que autoriza a proceder al corte del suministro, con lo que se está reconociendo y admitiendo la existencia de *riesgo potencial*, que no está exento del control por la empresa, como medio de elemental prudencia; y como segundo, que el corte ha de ser inmediato, entre otros casos, si se da situación de fuga de gas o grave peligro de accidente a la vista de las condiciones de la instalación, lo que ya supone *riesgo definido y definitivo*.

Concurrencia de culpas.—En el presente caso, la empresa suministradora, conociendo perfectamente el riesgo potencial, se despreocupó por completo de comprobar si el mismo persistía o se había incrementado, como así sucedió, al producirse la acreditada acumulación de gases, aunque no se haya podido precisar sus causas y origen, y continuó en el suministro, a fin de obtener beneficio económico; su culpa debe considerarse concurrente con la de los actores del pleito, al no haber corregido ni rectificado las deficiencias de las que fueron oportunamente avisados, comportamientos confluyentes en la producción de los resultados dañosos, que no llega a ocasionar la ruptura del nexo causal, lo que permite efectuar compensación económica de las responsabilidades y distribuir el *quantum*, que en este caso será al 50 por ciento; tal como en supuesto similar ha hecho STS de 23 de diciembre de 1998.

Artículo 28 LGDCU de 1984: responsabilidad objetiva compatible con la concurrencia de culpas.—El artículo 28 de la Ley de 1984 establece responsabilidad objetiva tratándose de productos de gas, si bien exige la concurrencia del presupuesto de su correcto uso y consumo, y en este caso no quedó acreditado que los recurrentes hubieran llevado a cabo manipulación inadecuada de la bomba, sin perjuicio de la omisión que se les imputa de no haber corregido los defectos de las instalaciones, que se acoge como conducta coadyuvante al accidente, pero no como decisiva y única de su causación. El riesgo lo soporta quien lo ha creado, y si se da conjunción de actuaciones, la subjetiva de la víctima y la objetiva de la empresa suministradora, entra en juego el artículo 28 LGDCU que actúa generando responsabilidad *en todo caso*, y se justifica por la voluntad de los legisladores de protegerlos en su uso y utilización, ya que por su propia naturaleza entrañan y representan un peligro que se presenta cierto en principio, con carga activa suficiente para convertir lo probable en realidad negativa. (STS de 30 de julio de 1994; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia *pedagógica* (Pte. Villagómez Rodil) en que se analiza meticulosa y acertadamente la responsabilidad concurrente de la empresa suministradora del gas butano, la cual no efectuó la revisión cuatrianual que vencía un mes antes de la explosión, y que en presencia de las deficiencias detectadas en la revisión anterior, incumple la reglamentación administrativa en la materia, y continúa suministrando el gas. Bien vista la observación psicológica de que *la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el servicio de suministro continúa*. Alguna duda sobre la interpretación del artículo 28 LGDCU: ¿puede considerarse correcto el uso que se hace de la bomba una vez detectadas las deficiencias notificadas al usuario? En todo caso, se trata de un argumento colateral, que refuerza la doctrina de la responsabilidad por riesgo, a mi juicio, ejemplarmente aplicada. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

70. Indivisibilidad de la cosa común. Supuestos.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957, 31 de enero de 1964 y 11 de junio de 1967) afirma que el procedimiento establecido en los artículos 404 y 1062 CC será aplicable en los casos siguientes: *a)* cuando la división material de la cosa común la dejaría inservible para el uso a que estuviera destinada (art. 401.I CC); *b)* cuando la cosa sea indivisible y los condueños no acuerden que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás (art. 404 CC); y *c)* cuando la cosa desmerezca mucho por la división (art. 1062 CC).

Indivisibilidad de la cosa común (inmueble) cuando es preciso realizar previamente el derribo.—El TS es contrario a la división de la cosa común (inmueble) cuando es preciso, de forma previa, realizar el derribo del inmueble.

División de la cosa común.—El TS afirma que la facultad reconocida a todo comunero para pedir la división material de la cosa común (art. 400 CC) no es un derecho absoluto e incondicional, sino que tiene límites (arts. 401, 404, 406 en relación con el 1062 CC). (STS de 2 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El inmueble sito en la calle Mayor núm. 12 de Burriana (Castellón) es propiedad por mitades indivisas de don J. F. G. y doña A. B. C.

Don J. F. G. interpone demanda contra doña A. B. C. suplicando, entre otras cosas, que se declare que el inmueble mencionado es indivisible y que debe sacarse a pública subasta, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio que se obtenga a prorrata entre demandante y demandada.

Doña A. B. C. se opuso a la demanda y formuló reconvencción reclamando determinada cantidad de dinero.

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

71. Derecho de propiedad. Límites.—El derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene, entre otros, los límites de la utilidad pública y del interés social (art. 33 CE).

Ejecución de sentencia. Sustitución de la ejecución material por una indemnización pecuniaria.—El artículo 18.2 LOPJ establece el principio general de que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Sin embargo, admite que se sustituya por su equivalente pecuniario cuando la ejecución sea imposible y también por causas de utilidad pública o interés social. Por otra parte, afirma el TC (AATC 528/1986 y 700/1986) que no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando, «por razones atendibles», se sustituye la condena establecida en el fallo de la sentencia por una justa y equitativa indemnización pecuniaria. (STS de 2 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Cangas del Narcea formula demanda incidental de ejecución de la sentencia dictada en el proceso instado por don J. M. F. G. y doña M. J. G. G. contra el mencionado Ayuntamiento, suplicando se sustituya la ejecución material de la con-

dena establecida en la citada resolución judicial por una indemnización pecuniaria.

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

72. Accesoión. Principio general.—El artículo 358 CC establece la regla general de que lo edificado (plantado o sembrado) en suelo (o en subsuelo) ajeno pertenece al dueño del mismo.

Accesoión. Mala fe del constructor y mala fe del dueño del terreno.—El artículo 364 CC dispone que cuando exista mala fe por ambas partes, «los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe». Para el TS, en estos casos, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 361 CC.

Obligación del constructor de adquirir la propiedad del terreno (art. 361 CC). El precio se considera una deuda de valor.—El dueño del suelo puede obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. Afirma el TS que el precio del terreno, al que hace alusión el artículo 361 CC, es una deuda de valor. Por tanto, el constructor debe pagar en dinero el valor actual del terreno en el que se construyó. (STS de 16 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Sancar, Promociones y Construcciones, S. L.* adquirió un solar y construyó ocho bloques de viviendas. En 1969 se otorgan las escrituras públicas de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal de los referidos edificios. Posteriormente, la citada entidad abre en el subsuelo de los edificios, sin oposición de los propietarios de las viviendas, unos sótanos destinados a locales comerciales y a garaje. En 1974 la entidad constructora otorga escritura pública rectificando la división de la propiedad horizontal para añadir los mencionados sótanos. Éstos son adquiridos por terceros, sin que consten dichas adquisiciones en el Registro de la Propiedad.

La Mancomunidad de propietarios de los ocho bloques interpone demanda contra la entidad *Sancar, Promociones y Construcciones, S. L.* y los adquirentes de los sótanos, suplicando se dicte sentencia por la que declare, entre otras cosas, que los sótanos son elementos comunes de los edificios, la nulidad de las escrituras otorgadas para transmitir a terceros la propiedad de los locales comerciales, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida. (M. J. P. G.)

73. Acción reivindicatoria. Concepto.—El TS (STS de 1 de marzo de 1954) define la acción reivindicatoria como una acción real, declarativa y ejercitable *erga omnes* que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor, no pudiendo éste alegar frente al propietario título jurídico que justifique su posesión.

Requisitos de la acción reivindicatoria.—Jurisprudencia consolidada del TS mantiene que para el éxito de la citada acción es necesario que concurren tres

requisitos: *a)* que el demandante pruebe su dominio sobre la finca en litigio; *b)* la identificación exacta de la finca; y *c)* que el demandado sea poseedor de la finca. (STS de 25 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don D. A. N. propietario de los dos *bungalows* en litigio, en virtud de escritura pública de compraventa de 20 de marzo de 1987, ejercita la acción reivindicatoria contra doña A. W. y otros, solicitando, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se declare que los dos *bungalows* son propiedad del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de los demandados y estima en parte el interpuesto por el demandante. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

74. Propiedad horizontal. Sustitución del portero por un conserje. Es suficiente el acuerdo por mayoría al no implicar alteración de elementos comunes.—El TS afirma que para sustituir el servicio de un portero con plena dedicación por el de un conserje es suficiente el acuerdo por mayoría de la junta de propietarios. (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Varios copropietarios del edificio de la calle San Alejandro núm. 6 de Madrid interponen demanda contra la Comunidad de propietarios del citado edificio, suplicando se declare nulo el acuerdo de la junta de propietarios, adoptado por mayoría, por el que se sustituye el servicio de portero con plena dedicación por el de conserje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que el artículo 17 LPH cuya redacción ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, establece lo siguiente: «Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1.ª (...) El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería (...), incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.» (M. J. P. G.)

75. Concepto de plagio.—El TS afirma que existe plagio cuando se copian obras ajenas en lo sustancial. Señala que es una actividad mecanizada, muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad, que implica aprovechamiento de la labor creativa y del esfuerzo ideario o intelectual ajeno. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Las Cámaras de Comercio de Álava, Bilbao y Guipúzcoa al considerar que la entidad mercantil L. M. A., S. L. ha plagiado y reproducido el contenido de diversas bases de datos, interponen demanda suplicando, entre otras cosas, que se declare que los demandantes son titulares de todos los derechos de propiedad intelectual sobre las citadas bases de datos, que la entidad demandada ha violado los citados derechos, así como una indemnización por daños y perjuicios.

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

76. Derecho de distribución de fonogramas. Extinción con la primera venta.—Conforme a los artículos 19 párrafo 2.º y 109 LPI, de 11 de noviembre de 1987, el derecho de distribución (en general y en el caso concreto de la distribución de fonogramas) se agota a partir de la primera venta. Éste es un principio que se ha mantenido con la evolución jurisprudencial y legal, como demuestra el hecho de que se regule de igual manera en el actual artículo 19.2 y 117 Texto Refundido LPI de 1996.

Interpretación sistemática de la LPI, de 11 de noviembre de 1987.—Como indica el artículo 122 LPI, de 11 de noviembre de 1987, los preceptos integrados en la Sección Segunda, Capítulo III, Título II, Libro I son aplicables subsidiariamente a la regulación contenida en el Libro II del mismo texto legal. Por consiguiente, afirma sin dejar lugar a dudas el TS que la regulación que establece el artículo 19 del citado texto es aplicable al título relativo a los productores de fonogramas (arts. 108 a 111).

Contrato de cesión de distribución. Oponibilidad *erga omnes*.—Establece el TS que a través de un contrato de cesión de distribución en exclusiva no se adquieren derechos ejercitables *erga omnes*, sino que el vínculo se contrae tan sólo entre cesionario y cedente, siendo en el seno de esta relación donde deba determinarse lo relativo al contenido, efectos y cumplimiento del contrato. (STS de 9 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Una serie de compañías discográficas españolas suscriben con otras compañías extranjeras un contrato de cesión de repertorio por el cual las primeras adquieren en exclusiva los derechos de importación, fabricación, distribución, comercialización y venta en el mercado español de determinadas obras sonoras. Con posterioridad a este contrato, aparecen en España copias de las mismas obras procedentes de importaciones realizadas por otras dos compañías discográficas, *Serenade* y *Discolínea*, ajenas al pacto. Las compañías cesionarias extranjeras no autorizaron en ningún momento a estas dos compañías para tal actividad.

Las cesionarias interponen demanda en la que, entre otros pedidos, solicitan se declare que ellas ostentan en exclusiva el derecho de distribución de las obras en cuestión (siendo, pues, ilícita la importación y venta realizada por las demandadas), así como se condene a éstas a cesar en la actividad, retirar las obras importadas del mercado y proceder a su destrucción. Tal demanda es desestimada en primera y segunda instancias. Finalmente, las demandantes recurren en casación ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La referencia que realiza el TS en el FD 4.º en su párrafo tercero respecto al artículo 109 del actual texto legal de LPI, de 12 de abril de 1996, hay que entenderla relativa al artículo 117 del mismo texto legal, que es el que realmente se ocupa de los derechos de distribución de los productores de fonogramas. Igualmente existe un error en el párrafo segundo del mismo FD cuando se hace referencia al artículo 122 LPI, de 11 de noviembre de 1987, y se establece que se aplican de forma subsidiaria las disposiciones del Libro I y Capítulo II

del Título II. En ambos casos, las referencias correctas son las que se han recogido en el presente extracto de sentencia.

Por otro lado, como indica el propio TS, la aplicación al caso de la LPI, de 11 de noviembre de 1987, a pesar de la existencia de un texto posterior (el Texto Refundido LPI, de 12 de abril de 1996) al cual alude también la propia sentencia, es debida a que los hechos se produjeron bajo la vigencia de la norma anterior, siendo pues preceptiva la aplicación de ésta. (A. M. M.)

77. Competencia del orden jurisdiccional civil.—Pese al carácter público del infractor, el TS otorga a los órganos jurisdiccionales del orden civil la competencia para conocer las cuestiones relativas a la propiedad intelectual; sostiene, asimismo, que la propiedad intelectual es un derecho de propiedad privado (aunque se trate de un derecho de propiedad especial) sujeto a normas de derecho privado (Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de PI), sin que pueda afirmarse la existencia de un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico administrativo.

Indemnización del lucro cesante.—Debido a las numerosas dificultades que ofrece la determinación y límites del lucro cesante, nuestra jurisprudencia (SSTS de 30 de mayo de 1987, 18 de julio de 1988 y 30 de noviembre de 1993) exige para su estimación que se pruebe rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. Ha de existir cierta posibilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. En efecto, para concretar al menos de modo aproximado la pérdida de cantidades, se requieren datos objetivos y probados. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El *Centro Permanente de Educación de Adultos de Granada* representa durante cuatro días consecutivos (los días 29, 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre de 1990) en un teatro de la localidad, la obra dramático-musical «Carmen, Carmen» original de don Antonio Gala Velasco y don Juan Antonio Robles Cánovas. Estas representaciones se llevan a cabo sin contar con el previo y preceptivo permiso de sus autores, mediando incluso prohibición expresa tanto de los mismos como de la *Sociedad General de Autores de España*. Como consecuencia de lo anterior, la *SGAE* interpone demanda de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la Junta de Andalucía.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y concede a la demandante la indemnización solicitada. Posteriormente, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía, y revocando la sentencia de primera instancia, se abstiene de entrar en el fondo de la demanda por considerar que su conocimiento corresponde a los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El TS admite parcialmente el recurso de la *Sociedad General de Autores de España*.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS recurre a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, para determinar la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Civil, pues son inaplicables tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como la nueva Ley 22/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, debido a que

las representaciones se producen en 1990, y en consecuencia, con anterioridad a la entrada en vigor de las citadas leyes. Esto explica también la aplicación al caso de la LPI, de 11 de noviembre de 1987, a pesar de la existencia de un texto posterior. (M. C. C. M.)

78. Naturaleza real del derecho de opción.—Al permitir el artículo 14 RH la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 460 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra, al decir que los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca.

Efectos erga omnes de la opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad.—Es indudable que el acceso registral del derecho de opción se impone erga omnes. Pero también lo es que la inscripción no opera el cierre del Registro, pues el propietario de una finca concedente de un derecho de opción, aun después de la inscripción, puede enajenar o gravar la cosa; y en este mismo sentido se manifiesta la Ley 461 de la Compilación Civil de Navarra, al decir que «los actos de disposición por el dueño de la cosa objeto de la opción no perjudicarán este derecho». El alcance erga omnes significa que cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador.

Subsistencia de la anotación preventiva de embargo que consta en el Registro de la Propiedad al ejercitarse la opción.—La titularidad registral de una anotación preventiva de embargo hace gozar de la protección dispensada por los artículos 34 y 38 LH y de la preferencia reconocida en el artículo 44 de la misma, en relación con el ordinal 4.º del artículo 1923 CC, cuya situación no puede comportar, sin más, la cancelación de aquella anotación por el hecho de ejercitarse el derecho de opción, sin que ello implique, desde luego, desconocer la efectividad y realidad del derecho. (STS de 10 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación, adquirente de un inmueble por ejercicio de una opción de compra sobre el mismo inscrita, reclama la cancelación del embargo trabado sobre el inmueble por una entidad bancaria, basándose en la imposibilidad de que subsisten las anotaciones preventivas de embargo practicadas en el período comprendido entre la concesión de la opción y su consumación o efectividad. (M. C. P. A.)

79. Tercería de dominio.—Para que prospere el tercerista debe probar que ha adquirido la propiedad con anterioridad a la traba del embargo.

Asiento de presentación del mandamiento de embargo. Efectos.—La STS de 3 de noviembre de 1982 afirma que el asiento de presentación «no sólo determina la prioridad registral, sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aun sin necesidad de practicar el asiento definitivo». En este mismo sentido, el TS (STS de 27 de septiembre de 1967) señala que los efectos jurídicos del embargo serán plenos y afectarán a terceros desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento de embargo. (STS de 14 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don X. P. M. interpone demanda de tercería de dominio contra las entidades *Hispano Alemana de Construcciones S. A.* y *Cabrils Mar y Montaña, S. A.*, suplicando se declarase, entre otras cosas, que la porción de terreno de la finca objeto del litigio es propiedad de la parte demandante, así como el alzamiento del embargo trabado.

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

80. Embargo de inmuebles. Efectos.—Afirma el TS (SSTS de 10 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994) que el embargo otorga una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue, sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba.

Anotación preventiva de embargo. Efectos.—La anotación del embargo en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo. Ahora bien, su acceso al Registro provoca que cualquier derecho sobre el bien embargado, nacido con posterioridad a la anotación, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte del embargo.

Tercería de dominio. Naturaleza y finalidad.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 30 de enero y 17 de junio de 1992, 3 de octubre de 1997 y 11 de marzo de 1998) mantiene que la acción de tercería de dominio no es una acción reivindicatoria. Asimismo señala que su finalidad principal es paralizar la ejecución. (**STS de 16 de junio de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un proceso judicial instado por don J. L. A. C. y otros, contra doña E. R. G. y otros, se dicta sentencia en cuya ejecución se traba embargo (se practica el asiento de presentación de la anotación preventiva de embargo el 20 de diciembre de 1979) sobre las fincas denominadas *La Alcaparra* y *Salmerón*, propiedad de los demandados. Simultáneamente se promovió por don B. D. C. y otros, ante la Magistratura de Trabajo, juicio de despido contra los propietarios de las citadas fincas, doña E. R. G. y otros, decretándose por la autoridad judicial (providencia de 6 de marzo de 1984) el embargo de las mismas.

Las fincas se adjudicaron a los actores del proceso laboral el 20 de diciembre de 1986, otorgándose a su favor escritura pública el 7 de julio de 1987.

Con fecha de 20 de enero de 1987 se instó la vía de apremio en el primero de los procesos judiciales relatados. Los demandantes en el proceso laboral interponen una tercería de dominio para impedir la adjudicación de las fincas en litigio.

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

DERECHO DE FAMILIA

81. Valoración de las pruebas biológicas en la determinación de la filiación.—La probanza biológica de la paternidad, que autoriza el artículo 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medio y

eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia.

Exigencias de procedimiento para la práctica de pruebas biológicas válidas.—La parte recurrente mantiene que se trata de una prueba pericial y alega infracción de los artículos 613, 614 y 616 LEC relativos al nombramiento de uno o tres peritos, pero olvida la aplicación del artículo 613 que permite el dictamen pericial a las Academias, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. Y éste es el caso de la prueba biológica de paternidad en que las operaciones no están al alcance de peritos individuales, sino de corporaciones públicas, como dicho Instituto o Facultades de Medicina, y ésta es la realidad de los casos que han llegado a esta Sala. El que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro —el Instituto Nacional de Toxicología— no implica irregularidad procesal alguna.

No existe indefensión en la práctica de la prueba biológica.—Cuando el demandado estuvo conforme en que la aludida extracción se efectuase en esta capital, se efectuó con estricta sujeción a las normas que al respecto dio el referido Instituto Nacional, bajo la fe además del oficial habilitado como Secretario, con el control facultativo del médico forense, presencia de los respectivos letrados; concluye que no ha habido indefensión. (STS de 29 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Planteada por la madre acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial y practicada la correspondiente prueba biológica por el Instituto Nacional de Toxicología, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron probada la paternidad del demandado-recurrente. (E. S. M.)

82. Flexibilidad en la exigencia de aportar un principio de prueba en las acciones donde se investigue la paternidad.—Respecto a la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 CC (acompañar «un principio de prueba»), ha de hacerse una interpretación «espiritualizada», en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE.

Valoración de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica.—La existencia de unas prolongadas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción de la menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa (obstrucción o resistencia pasiva) del demandado, tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya injustificada negativa, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un muy valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra, como en el presente caso ocurre, con otras pruebas directas que conduzcan al juzgador de la instancia a declarar probada la existencia de unas prolongadas 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, al tiempo de concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de su paternidad.

No se exige que el Tribunal informe de las consecuencias de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica.—También hace el recurrente en el alegato del motivo, que no se le advirtió de las consecuencias posibles de su negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica, tampoco puede ser acogida favorablemente esta alegación, pues al órgano jurisdiccional no le corresponde hacerle advertencia alguna acerca de las consecuencias que podría tener su negativa a someterse a la práctica de la misma, pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado.

No existe vulneración de los derechos a la intimidad y a la integridad física de las personas cuando en una resolución judicial se ordena la realización de la prueba biológica.—Ha de tenerse en cuenta que es doctrina jurisprudencial la de que la resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad física y que el artículo 127 CC da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, precepto que no es más que la instrumentalización del terminante mandato constitucional contenido en el artículo 39.2, y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando es desconocida (S de esta Sala de 24 de octubre de 1996, que recoge la doctrina del TC contenida, entre otras, en la S de 17 de enero de 1994). (STS de 3 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre interpuso demanda sobre reclamación de paternidad de filiación no matrimonial; solicitada la práctica de la prueba biológica, el padre se negó de manera injustificada y reiterada a someterse a la misma. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia declarando la filiación paterna no matrimonial del demandado que interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

83. Adopción. Impugnación de su constitución por la madre biológica.—«El instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor (...) y, desde luego, los intereses del menor deben prevalecer en la adopción». (STS de 18 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Isabel A. G. interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre extinción de la adopción de un menor contra don José G. E. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimándola y declarando la nulidad de la relación filial de adopción plena, extinguiendo sus efectos y declarando, por tanto, recuperada por el menor su filiación y apellidos y restableciendo en la patria potestad a la actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó íntegramente este recurso revocando la sentencia de primera instancia

y declaró, con desestimación íntegra de la demanda, no haber lugar a la extinción de la adopción. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina establecida con anterioridad en la STS de 20 de abril de 1987, a la que cita expresamente, y que recoge el principio que inspira las relaciones paternofiliales, y por tanto los procesos judiciales que versen sobre los mismos, es decir, el principio del interés superior del menor, o dicho de otra forma, que los intereses de éste deben prevalecer prioritariamente sobre los demás por ser los más dignos de obtener la protección y la tutela del Derecho.

En este sentido, corresponde a los jueces y tribunales que conozcan de estos procesos, caso por caso y en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo, apreciar dicho interés prioritario, lo que constituye una clara cuestión de hecho no revisable en casación. En la sentencia que anotamos, de fecha 18 de junio de 1998, el TS confirma la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de declarar no haber lugar a la extinción de la adopción que se constituyó con el consentimiento de la madre biológica, ahora actora, y con la que el menor siempre ha mantenido la relación «materno-filial», a pesar de que en la sentencia dictada en apelación no se formuló opinión explícita sobre el repetido interés del menor, aunque sí implícitamente a juicio del Alto Tribunal. (A. G. C.)

84. Unión civil *more uxorio*. No aplicación de las normas reguladoras del régimen legal de gananciales.—Las uniones civiles *more uxorio* no pueden ser consideradas equiparables al matrimonio legalmente contraído, y por tanto, no es posible aplicarles las normas reguladoras de éste, en concreto, las normas reguladoras del régimen legal de gananciales (SSTS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, 24 de mayo y 24 de noviembre de 1994 y 4 de abril de 1997, entre otras muchas). «Sin embargo la aludida falta de equiparación de las uniones de hecho a la dimanada del matrimonio no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco las rechaza explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica.» (STS de 4 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Lucia Verónica J. M. interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre medidas provisionales contra don F. Javier V. Q. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimándola y acordó, entre otros extremos, conceder como pensión compensatoria a favor de la actora la cantidad de 75.000 pesetas mensuales, pagaderas del 1 al 5 de cada mes, por meses adelantados desde la fecha de la interposición de la demanda, y 150.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos a las dos hijas habidas durante la unión civil y cuya guardia y custodia también se concedió a la madre.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por el demandado y estimó el interpuesto por la actora confirmando la sentencia dictada en primera instancia, si bien

con algunas matizaciones, entre otras, que la cantidad mensual concedida a la recurrente lo era en concepto de indemnización y no pensión compensatoria y hasta la liquidación de la comunidad de bienes formada por la unión civil, que no sociedad de gananciales. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—El pronunciamiento más claro que realiza la presente sentencia respecto a las uniones civiles *more uxorio* es la reiteración de una afirmación habitual en la doctrina del TS: que no son equiparables al matrimonio, y en consecuencia, no pueden serles de aplicación las normas del Código civil reguladoras de la sociedad de gananciales.

El recurso de casación interpuesto por el demandado se centró fundamentalmente en la concesión, por el Juez de Primera Instancia, de una pensión compensatoria a la conviviente demandante (75.000 pesetas mensuales), lo que fue matizado por la Audiencia Provincial en el único sentido de no tratarse de la pensión compensatoria del artículo 97 CC, sino de una indemnización, sin determinar, según denuncia el recurrente, la base jurídica de tal concesión. El TS rechaza este motivo con dos afirmaciones: 1.ª que la Audiencia Provincial la concedió aplicando analógicamente el artículo 98 CC, y 2.ª que de las pruebas practicadas se evidenció la intención de la pareja de hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos, lo que también era admitido por el demandado y recurrente en casación, y a juicio del TS, justificaba que el Tribunal *a quo* concediera «la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia».

En definitiva, parece que la sentencia que anotamos ha de incardinarse en la amplia aceptación que para el TS tienen los pactos, expresos o tácitos, entre los convivientes para regular las consecuencias patrimoniales de su unión civil, sin llegar a afirmar expresamente que cuando estos pactos tienen por finalidad hacer comunes entre aquéllos las ganancias o beneficios obtenidos durante la convivencia (también pérdidas, se entiende), lo que haya de aplicarse sean las normas reguladoras del régimen legal de gananciales. (A. G. C.)

85. Unión civil *more uxorio*. Aplicación del régimen legal de gananciales por pacto preestablecido y *facta concludentia*.—Las uniones civiles de hecho o *more uxorio*, aun cuando son merecedoras de la protección que el artículo 39 CE dispensa a la familia y son una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), no son situaciones equivalentes o equiparables al matrimonio legalmente contraído (STC 184/1990, de 15 de noviembre y Auto 156/1987).

En consecuencia, «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho». (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Aurelio G. C. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Teresa O. Z. en la que solicitaba se declarase su propiedad por partes iguales y proindiviso de un piso, un local y del derecho de traspaso de un bar, así como de los bienes muebles y enseres adquiridos durante los años que duró la convivencia entre ambos. Contestada la demanda, se formuló reconvencción solicitando se declarase la nulidad de un documento de fecha 18 de febrero de 1988 en el que la demandada reconocía su convivencia con el actor durante más de once años y la adquisición de los bienes después indicados en la demanda por aquél. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando el derecho del actor sobre la propiedad proindiviso del piso, del local, del derecho de traspaso sobre el bar y de otros bienes muebles y enseres, y desestimó la demanda reconvenccional.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la S de 23 de julio de 1998 (en el mismo sentido, S de 4 de abril de 1997) el TS reproduce en su literalidad, como «tesis imperante y reiterada de esta Sala», lo establecido en la S del mismo Tribunal de fecha 21 de octubre de 1992 en relación a las uniones civiles *more uxorio*, aunque con la diferencia de que, en esta última, no apareció probado, ni por pacto expreso ni por acuerdo tácito, que la voluntad de los convivientes fuera la de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante la pervivencia de su unión de hecho, lo que quedó cumplidamente acreditado en la primera.

El problema que se plantea en casos como el relatado en la sentencia que anotamos es determinar qué normas cabe aplicar cuando existe una voluntad de los convivientes de hacer comunes a ambos las ganancias o beneficios (también pérdidas) obtenidas durante la unión. En este sentido y rechazada por el TS la posibilidad de aplicar analógicamente (analogía *legis*) las normas relativas a la sociedad legal de gananciales al no ser equiparables el matrimonio y las uniones *more uxorio* (lo que no ha evitado la aplicación del art. 96 CC, por analogía, a estas últimas en la STS de 16 de diciembre de 1996), nuestro Alto Tribunal se ha decantado unas veces por aplicar las normas relativas a la comunidad de bienes (S de 29 de octubre de 1997 y Comentario a la misma por Rivero Hernández, F., en *CCJC*, enero-marzo 1998); otras ha apuntado, *obiter dicta*, la aplicación de las normas de la sociedad civil (SS de 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994) o ha mantenido el pronunciamiento de la Audiencia Provincial que aplicó los artículos 1665 ss. pero sólo respecto a un negocio de heladería explotado conjuntamente por los convivientes y no respecto a otros bienes (S de 18 de febrero de 1993); en alguna ha admitido la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (S de 11 de diciembre de 1992) o de un supuesto principio general del Derecho («protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho», en la S de 10 de marzo de 1998), y las más de las veces se ha limitado a atribuir en régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos convivientes las resultas económicas de la unión, pero sin mayores concreciones, siendo ejemplo de ello la sentencia aquí tratada. (A. G. C.)

86. Régimen de gananciales. Traba sobre bien ganancial. Situación del cónyuge separado no deudor.—Constante la sociedad de gananciales, cada cónyuge ha de responder con su patrimonio personal de las deudas propias. Cuando no existan bienes privativos del cónyuge deudor, o éstos sean insuficientes para hacerlas efectivas podrá procederse sobre bienes gananciales, en cuyo caso es imprescindible que el embargo sea notificado de inmediato al cónyuge no deudor (art. 1373 CC). Sólo cuando se haya cubierto el requisito de la notificación, podrá procederse a la anotación de la traba en el Registro de la Propiedad, según establece el artículo 144 RH (STS de 16 de noviembre de 1990, en la que se cita las de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989 y Resoluciones de la DGRN de 11, 20 y 21 de febrero de 1984 y 28 de marzo de 1989).

Notificaciones judiciales. Requisitos a cumplir en los supuestos de nulidad de los actos de comunicación procesal procedentes de juicio ejecutivo.—Las notificaciones, como una de las categorías de actos de comunicación judiciales, en la medida en que está directamente afectado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues a través de ellas el sujeto conoce las resoluciones que se le comunican y pueden hacer valer sus pretensiones. Siendo pues una cuestión de gran trascendencia, y siempre en aras al respeto de los derechos fundamentales, el legislador los ha rodeado de una serie de formalidades, cuyo cumplimiento, por ser materia de orden público, exige rigurosidad (STC 36/89).

Los actos judiciales de notificación se rigen por el principio de recepción y no por el de comunicación (STS de 17 de mayo de 1993), y su mayor garantía y seguridad la constituye la notificación personalísima (STC 326/93). Cuando no es posible, siendo conocido el domicilio del que deba de ser notificado, se hará la notificación por cédula, la cual deberá contener necesariamente, la expresión de la naturaleza y objeto del pleito, y los nombres y apellidos de los litigantes; copia literal de la resolución que haya de notificarse; nombre de la persona a quien deba hacerse la notificación; y expresión de la hora en que ha sido intentada la notificación, así como fecha y firma del actuario. De la misma se hará entrega a los sujetos mencionados en el párrafo 1.º del artículo 268 LEC. La diligencia será firmada por el actuario y por quien reciba la cédula. Si no supiese o no pudiese firmar lo hará un testigo, de cuyas circunstancias personales ha de quedar constancia.

Conocimiento extraprocésal. Excepción del párrafo segundo del artículo 279 LEC.—No es suficiente para que pueda operar la excepción del artículo 279.2 LEC que el sujeto tenga conocimiento, aunque sea tardío y por otros medios, del contenido de las notificaciones. Es necesario que ese conocimiento sea pleno y que se produzca en tiempo hábil para el ejercicio de los derechos de defensa del sujeto (STC 78/93 y 100/94). (STS de 26 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad E. A. T, S. A.*, inició juicio ejecutivo del artículo 141 LH contra don José B. C. Por el Juzgado de Primera Instancia se intentó llevar a cabo una primera notificación de la sentencia, el 15 de enero de 1983, infructuosa al no poder llevarse a cabo, por encontrarse desaparecido de su domicilio. Con posterioridad, el 20 de enero de 1983, mediante diligencia se hace constar que el Oficial, teniendo en su presencia a doña Rosa L. S., esposa del demandado, don José B. C., le hace saber la existencia del procedimiento del que emanaba el exhorto y el embargo trabado sobre una finca registral núm. 4223. Doña Rosa no firmó, y a ruego del Oficial lo hizo un testi-

go presencial, del que se desconoce la identidad y que firmó de manera ilegible.

El día 7 de septiembre de 1987, se celebró la correspondiente subasta a la que compareció como única licitadora y adjudicataria, la sociedad ejecutante, *Sociedad E. A. T., S. A.*, que accedió a la propiedad del inmueble por escritura autorizada el 11 de abril de 1988, enajenándola en esa misma fecha a don Manuel F. L. de S., quien, a su vez, la vendió por escritura el 20 de abril a la *Sociedad de Inversiones y Desarrollo Empresarial, S. A.*, causando las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. Doña Rosa interpuso demanda contra los sucesivos adquirentes de la nave, solicitando se declarase la nulidad de la diligencia de notificación de 20 de enero de 1983, y todo lo actuado tras la misma, incluyendo la nulidad de la venta en pública subasta y de las posteriores escrituras. Desestimada la petición en primera instancia, e igualmente el posterior recurso de apelación, interpuso la representación de la demandante recurso de casación por infracción de los artículos 263 y 279 LEC, 24 CE, y 283.3.º LOPJ, en relación con el 1373 CC.

NOTA.—Por todos es sabido que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos podrá comprar, vender,... en definitiva, contraer obligaciones, quedando obligado con respecto a las mismas. Pero no por ello ni el otro cónyuge ni la sociedad de gananciales. A diferencia de los bienes privativos, no nos proporciona el Código civil una lista de las deudas privativas sino que las mismas serán determinadas por exclusión, esto es, todas aquellas que no sean deudas de la sociedad. Tales deudas u obligaciones forman parte del elemento pasivo del respectivo patrimonio privativo. Sin embargo, en ocasiones el acreedor puede solicitar, como en el supuesto, el embargo de un bien ganancial. Pero no por ello los bienes gananciales van a responder de las deudas privativas como responden por las deudas de la sociedad de gananciales. La responsabilidad de los mismos por las deudas privativas se distinguen con respecto del régimen de responsabilidad de los privativos, por las siguientes notas: *subsidiariedad*, puesto que responden cuando los bienes privativos no sean suficientes para hacerlas efectivas; *notificación al otro cónyuge*, no siendo suficiente una notificación genérica de la existencia de un juicio ejecutivo contra el cónyuge deudor, sino de la existencia de una traba sobre el concreto bien ganancial. Sólo de esta manera, el cónyuge no deudor podrá oponerse a la traba y solicitar, ante la falta de bienes privativos suficientes, que la traba se sustituya en los bienes comunes por la parte que el deudor ostenta en el patrimonio ganancial, entrando automáticamente este patrimonio en liquidación. (R. D. O.)

87. Derecho de visita de los ascendientes en relación con sus nietos.—Producido el fallecimiento de la madre de la menor, y aunque el padre haya contraído nuevas nupcias, no puede tener lugar la ruptura de las relaciones con la familia materna de la menor, sin que concurra justa causa que así lo evidencie, tal y como establece el artículo 160, párrafo segundo, CC. No se entiende que pueda constituir justa causa la disparidad de pareceres entre el progenitor superviviente y los ascendientes del menor, toda vez que «la personalidad se forma también de las contradicciones que emanan, a veces de los planteamientos y opi-

niones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores» (FJ STS de 11 de junio de 1996). Sin embargo, sí puede producir a la larga un desarrollo negativo en la personalidad de la menor «toda desvinculación con un nexo familiar», en concreto, el de la familia biológica materna, sino por el contrario, contribuir a su formación integral y su integración familiar y social.

Las relaciones y comunicaciones entre los ascendientes y los menores han de desarrollarse ateniendo a las necesidades y circunstancias del menor, por lo que el hecho de que tengan que realizarse las visitas en presencia del padre o de su actual esposa, no resulta conveniente, teniendo en cuenta que además de poder llegar a ser una fuente inagotable de problemas, impediría la creación del clima conveniente para el progreso de la relación personal entre el menor y sus ascendientes.

Principios que han de regir en los procesos con menores: el interés superior del menor y la audiencia a los mismos.—Teniendo en cuenta el nuevo marco normativo que tanto a nivel internacional como nacional viene a configurar la protección de la infancia y de los menores, se reconoce el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o, como en nuestro caso, judicial, en que esté directamente implicado y «que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» (art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor). Sus consideraciones respecto a asuntos que le afecten, serán tenidas en cuenta atendiendo a su edad y a la madurez (art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990).

El interés del menor, «como principio inspirador de todo lo relacionado con él» (FJ STS de 17 de septiembre de 1996), vincula a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos de los menores de edad, fundamentalmente los contenidos en los artículos 4 a 9 de la LO 1/1996, y de una progresiva capacidad para ejercerlos.

Carácter retroactivo de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.—Aunque en virtud de la DT única de la LO 1/1996, de 15 de enero, dicha Ley no tiene efectos retroactivos, de tal manera que «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior», el derecho a ser oído de los menores, y en general, todos los derechos en ellas contenidos, deben aplicarse a procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, «por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España» (FJ 2.º STS de 11 de junio de 1998, en transcripción la STS de 17 de septiembre de 1996). (STS de 11 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Nemesia P. R., abuela materna de la menor Aránzazu G. M., ante las diferencias existentes con el padre de la menor don José G. A., en relación a las visitas a la menor, fallecida la madre de ésta y habiendo contraído nuevas nupcias don José, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, reclamando el derecho a visitar y tener en su compañía a su nieta. En primera instancia, se estimó parcialmente la petición de la parte demandante, reconociéndole a la abuela materna el derecho a visitar a su nieta y tenerla en su compañía, durante al menos una hora al mes, en el domicilio de la misma, y en presencia del padre o madre actual de la menor. Interpues-

to recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial amplió el régimen de visitas, desarrollándose las comunicaciones entre la abuela y la menor, de seis a ocho de la tarde, dos veces al mes, la primera en presencia del padre o actual esposa de éste, y la segunda, en otro lugar del pueblo en que resida la menor. Interpuesto recurso de casación por la representación de don José G. A, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos viene a incorporarse a la línea jurisprudencial que, acerca del derecho de comunicación de los abuelos con respecto a sus nietos, viene manteniendo el TS, y en concreto a los pronunciamientos contenidos en las SSTS de 7 de abril de 1994, 11 de junio y 17 de septiembre de 1996. La nueva regulación del artículo 160 CC, en concreto el párrafo segundo, reconoce el derecho a relacionarse con los menores que asiste no sólo a los progenitores del menor, sino también a «parientes y allegados», entre los que, evidentemente se encuentran los abuelos. En todos los supuestos analizados por el TS, y sin que sea un presupuesto de aplicabilidad del artículo 160. II CC, se ha producido el fallecimiento de uno de los progenitores, siendo los ascendientes del mismo los que quieren hacer efectivo el derecho de visita con respecto al/los descendiente/s de aquél.

La aplicación retroactiva de la LO 1/1996, contraviniendo el contenido de la DT única transcrita, tiene su razón de ser en el carácter de fundamento de orden público y de paz social, *ex* artículo 10 CE, que tiene la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, con independencia de cualquier circunstancia, como la edad. La LO 1/1996, tiene un valor y una fuerza indubitados, pero no viene a ser más que el reflejo del marco de derechos y libertades fundamentales contenidos en la CE, en el ámbito de los menores de edad. (R. D. O.)

DERECHO DE SUCESIONES

88. Confesión judicial. Valoración de la prueba.—Los artículos 1231 y 1232 CC han de interpretarse en relación con el artículo 587 LEC, en cuanto a que si se interroga a un confesante, si se trata de un hecho no personal, podrá negarse a contestar, sin ser considerado como confeso. En cambio, si declarase, el juzgador podrá valorarlo como cualquier otro medio de prueba. La confesión judicial ha de recaer sobre hechos personales del confesante, sin embargo, esto no es óbice para que la declaración del que no ha intervenido personalmente.

El precepto 1248 CC contiene, según reiterada doctrina, «una norma admnitiva, no preceptiva ni valorativa de prueba». Con ello se faculta al juzgador para apreciar libremente las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica (SSTS de 8 y 14 de julio de 1987, 26 de mayo y 9 de junio de 1988, 7 de julio y 8 de noviembre de 1989, 5 de noviembre de 1990 y 2 de marzo de 1992).

Acción de petición de la herencia.—La *actio petitio hereditatis* consiste en que, hallándose unos bienes poseídos en concepto de dueño por un tercero, el que considera que le pertenecen por título de herencia, reclama que se declare a su favor la titularidad dominical. Es necesario diferenciar la mencionada acción con la de partición de la herencia, ya que esta última es imprescriptible (art. 1965 CC).

Usucapión o prescripción adquisitiva.—La posesión en concepto de dueño no se presume, sino que ha de ser probada. El artículo 448 CC se refiere a que el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título (STS de 4 de julio de 1963). No se acepta la idea de que un heredero que actúa como administrador de los bienes de la comunidad hereditaria, se halle poseyendo en concepto de dueño. Es insuficiente para generar la posesión en concepto de dueño el conjunto de actos que pueden responder a una actividad de mera administración (STS de 20 de febrero de 1992); no basta con la intención subjetiva de poseer como tal si ello no se apoya en un título apto y suficiente.

Comunidad hereditaria.—En cuanto que recae en la totalidad del patrimonio (*universitas*), y no a bienes concretos, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, aplicándole el artículo 397 CC, según el cual los actos dispositivos de dichos bienes necesitan el consentimiento unánime de todos los coherederos.

Donación de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria.—La disponibilidad de un bien que no es de exclusiva pertenencia sino de la comunidad de herederos, da lugar a la nulidad del negocio por falta de objeto. El título otorgado es por ello nulo o inexistente, puesto que se dona un bien que no pertenece en exclusiva al transmitente. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un matrimonio fallece con cuatro hijos, mejorando a su hijo don Manuel V. D. en la tercera parte de todos sus bienes y legándole las tres quintas partes del tercio de todos sus bienes. Posteriormente, don Manuel V. D. realiza escritura de donación, por la que dona a su hijo don José V. S. la nuda propiedad de diferentes fincas, reservándose el usufructo vitalicio, declarando en dicha escritura que las mencionadas fincas le pertenecían como herencia de sus padres. Años más tarde, don Manuel V. D. fallece, al igual que una de sus hermanas.

Ante el Juzgado de Primera Instancia se acumulan dos procesos, cuyos demandantes, de un lado, hermanas y sobrinas del fallecido, solicitan la declaración de la pertenencia de las fincas citadas a la comunidad hereditaria, condenando con la nulidad a la donación realizada. Por otro lado, que se declare que las fincas mencionadas pertenecen al donatario don José V. S. Se estima la demanda interpuesta por las primeras, y asimismo, se desestima la presentada por don José V. S. Se recurre en apelación, y de la misma manera, se desestima, confirmando la sentencia de la primera instancia. Se presenta recurso de casación ante la Sala de lo Civil del TS.

NOTA.—En la sentencia anotada, nos encontramos con la negación de una posible usucapión, ya que es requisito ineludible la posesión en concepto de dueño. El artículo 436 CC establece una presunción *iuris tantum* de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió, pero a efectos de atribución de la posesión como dueño, es preciso que se pruebe un inicio posesorio en tal concepto (SSTS de 24 de marzo de 1983, 2 de junio de 1987). Según doctrina reciente, a la que se une esta sentencia, el poseedor aparente empieza a poseer los bienes hereditarios exteriorizando la intención de hacerlos propios, comportándose como dueño de los mismos y negando el carácter de heredero. El título que crea la comunidad impide a cualquiera de los cotitulares usucapir la cosa exclusivamente para sí; para que se produzca la usucapión antes de la partición, es preciso que se

produzca la interversión del concepto posesorio, mutación del *animus* adecuadamente exteriorizada de quien tenía la cosa por algún otro concepto (STS de 23 de mayo de 1996).

Lo que parece más confuso es que el Tribunal vuelva a oscurecer un tema tan polémico como es la declaración de nulidad por falta de objeto en un negocio en el que el transmitente carezca de poder de disposición. Las decisiones jurisprudenciales en este sentido son diversas y nada aclaratorias. Debemos recordar que el objeto no es que sea inexistente, no es que la donación se realice sobre un bien que se halle fuera del comercio, lo que ocurre es que este bien no se encontrará en el patrimonio del transmitente, aunque el objeto realmente exista (Miquel González, «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*). Por otro lado, por mucho que algunas sentencias intenten declarar la nulidad de venta de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria por falta de poder de disposición (STS de 6 de octubre de 1997), es necesario que recordemos que en nuestro sistema el dominio se transmite mediante contrato más *traditio* (art. 609 CC), y siendo el título válido como es en estos casos (ya que el objeto existe), el poder de disposición es requerido en la *traditio*; para la validez del contrato no es necesaria la libre disposición de los bienes (Cañizares Laso, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC* 1991, en referencia a los contratos de compraventa). Otra cuestión hubiera sido la necesidad o no de *traditio* para la transmisión del dominio en las donaciones (centrado también en ardua polémica), pero no debe ser fundamento el argumentar la carencia de objeto de un negocio (sea o no donación) por falta de disposición en el transmitente para rechazar la posibilidad de usucapión por título no válido. (*P. S. S.*)

89. Presupuestos necesarios para considerar que la partición ha sido hecha por el propio testador.—No toda disposición del testador realizada sobre los bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

No existe partición hecha por el testador cuando en el mismo testamento éste nombra un contador-partidor.—Las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de entender en el presente caso, desde el instante mismo, que en el testamento en cuestión, se hace una designación expresa de un contador-partidor, institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento.

No pueden ser incluidos la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto de la partición hereditaria de uno solo de los cónyuges.—Hablar de la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto de partición hereditaria

es una posición totalmente improcedente, desde el instante mismo que el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre los bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones establece «que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante»; así como la S de esta Sala de 7 de diciembre de 1988 que proclama «que como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 CC, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace». (STS de 7 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante-recurrente interpuso demanda contra sus hermanos, hijos de su padre habidos con otra mujer, con la finalidad de hacer valer el cuaderno particional de los bienes relictos de su madre y de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales habida entre sus padres como el documento válido para el reparto de los bienes de su padre. Contestada la demanda por uno de los hijos, puesto que los otros fueron declarados en rebeldía, formuló a su vez reconvencción para que fuera aprobado como cuaderno particional el dictado por el contador-partidor dirimente en los autos de juicio voluntario de testamentaría de fecha anterior que el que se pretendía aprobar por el actor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenccional; interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ésta rechazó el recurso. (*E. S. M.*)

DERECHO MERCANTIL

90. Identidad entre marcas registradas en distinto número del nomenclátor.—Establece el TS, conforme a una reiterada jurisprudencia (SSTS de 30 de abril de 1986 y 14 de octubre de 1991), que la identidad entre dos marcas (y consiguientemente su incompatibilidad) puede ser apreciada aunque las mismas no se hallen en igual número del nomenclátor, siempre que la igualdad fonética y gráfica que presenten induzca a error. Por lo tanto, es posible ejercitar en estos casos una acción de nulidad.

Principio de protección de la marca. Principio de prioridad.—La marca establece su protección a favor de aquella persona que acredite su titularidad. Este ámbito tuitivo se despliega frente a cualquier sujeto que utilice otra marca que induzca al consumidor a error o contravenga normas imperativas. Como señala reiteradamente el TS (entre otras, STS de 30 de abril de 1990), la preferencia entre las distintas marcas que presentan iguales características se decide conforme al principio de prioridad en el registro de la marca.

Marcas. Protección otorgada por el ordenamiento. Finalidad de la norma.—Como uno de los fundamentos que justifican la protección que el ordenamiento otorga a las marcas (tanto en el derecho nacional, como en el europeo e internacional) alude el TS a la relación que las mismas presentan con la protección al consumidor. La protección de la marca y la interdicción de una identidad entre distintas marcas encuentra su sentido en permitir al consumidor recibir una adecuada información sobre los productos, ya que las marcas constituyen en la actualidad el signo distintivo más importante del empresario en el tráfico mercantil. De esta forma, se permite que el consumidor pueda decidir su compra de

forma libre y consciente. La identidad de marcas conduce a error en el consumidor, motivo por el cual se prohíbe en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, la existencia de marcas idénticas. (STS de 2 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Un laboratorio de cosméticos inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad Industrial una serie de marcas en las clases 3.ª y 35.ª del nomenclátor bajo el nombre de *PUMA* y junto al gráfico de un felino en posición de salto. La empresa *Puma AG Rudolf Dassler Sport*, considerando que tales marcas eran confundibles e incompatibles con otras inscritas anteriormente a su nombre (en las clases 22.ª, 24.ª y 25.ª del nomenclátor) bajo igual denominación y asociadas a un gráfico muy similar, interpone demanda en la que solicita la declaración de nulidad de las marcas registradas a nombre del laboratorio y la cancelación de tales inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su integridad, considerando que existe una confusión entre marcas aunque las mismas se sitúen en distinto número del nomenclátor. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, absolviendo a los demandados. *Puma AG Rudolf Dassler Sport* recurre en casación, siendo estimado el recurso por el TS. (A. M. M.)

91. Relaciones entre modelos de utilidad y modelos industriales. Novedad.—El TS establece, conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1986 y 15 de febrero de 1988) y conforme a la interpretación de los artículos 124 y 187 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que la existencia de un modelo de utilidad puede anticipar la novedad que se requiere para la protección de un modelo industrial, si este último es posterior. Si bien el modelo de utilidad no protege la forma del producto, sino más bien una determinada técnica que produce una utilidad o beneficio, la forma resultante de esta técnica impide que goce de protección un producto posterior que ostente igual configuración, aunque esté protegida por un modelo industrial. Por tanto, es posible apreciar entre ambos la existencia de copia y confusión respecto a la forma, configuración o representación del objeto o producto. La distinta naturaleza de ambas modalidades de propiedad industrial no impide, pues, la aplicación de la norma de protección.

Indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente.—Considera el TS que no resulta necesaria la prueba sobre los daños reclamados por violación del derecho de patente, ya que el artículo 64 párrafo 1.º de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, establece que la indemnización por los daños causados se produce «en todo caso». (STS de 27 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Las compañías *Grosfillex SARL* y *Grosfillex Española* fabrican y comercializan un determinado tipo de macetas y jardineras, siendo titulares de un modelo industrial internacional sobre las mismas. Por otra parte, la entidad *Centroflor, S. L.* fabrica y comercializa bajo distinto nombre un tipo de macetas y jardineras que son muy similares a las anteriores. Esta última compañía es titular de un modelo de utilidad sobre estos productos (cuya solicitud es anterior a la fecha del modelo industrial internacional) y de un modelo industrial posterior.

Grosfillex S.A.R.L. y *Grosfillex Española* interponen demanda solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de la violación de sus derechos exclusivos de explotación y la nulidad del modelo industrial del que es titular *Centroflor, S. L.* Siendo estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, interponen recurso de apelación ambas partes. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por los demandantes y estima parcialmente el de la entidad demandada. Las dos partes acuden en casación ante el TS, el cual estima parcialmente el recurso de los demandados en primera instancia y desestima el de los demandantes. (A. M. M.)

92. Determinación de la fecha para la efectividad del incremento del 20 por 100 anual referido en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.—A juicio del TS (SSTS de 8 de febrero y 11 de mayo de 1994) los intereses previstos en el mencionado artículo 20, son claramente sancionatorios como disuasorios de una conducta que dificulta o retrasa el pago, y en última instancia, persiguen estimular el cumplimiento de los deberes derivados de las pólizas a favor de los perjudicados. Constituyen, en suma, unos intereses especiales de demora que no exigen la intimación del acreedor, puesto que se trata de casos en los que la ley establece directamente la mora sin intimación de aquél. Declara, asimismo, que el incremento de la indemnización en un 20 por 100 anual será aplicable desde la fecha del siniestro y no desde la de la reclamación. (STS de 29 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En abril de 1981 don J. B. G. (conductor de camiones) y *Seguros Órbita, S. A.* concertan dos pólizas de seguros: la primera cubre el riesgo de retirada del carné de conducir por sentencia firme; la segunda garantiza el riesgo de muerte o invalidez por causa de accidente. En 1987, la primera de las pólizas pasa a cubrir, además, el riesgo de muerte o invalidez por causa de atraco. Vigentes ambas pólizas, el 9 de noviembre de 1990, don J. B. G. sufre un accidente con su vehículo que le produce una invalidez permanente total para desarrollar su trabajo habitual.

Como el asegurador no le indemniza el daño por causa no justificada, don J. decide promover demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Seguros Órbita, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda del asegurado. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dicta sentencia desestimando sendos recursos de apelación. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don J. B. G. (M. C. C. M.)

93. Seguro múltiple o cumulativo. Definición.—El TS establece que esta figura (regulada expresamente en el art. 32 LCS) consiste en una pluralidad de contratos de seguro que cubren las consecuencias que un mismo riesgo puede producir sobre un mismo interés durante un mismo período de tiempo y que son celebrados por un mismo tomador con varias aseguradoras, operando conjuntamente.

Seguro múltiple o cumulativo. Sanción por falta de comunicación.—El artículo 32 LCS establece a favor de las entidades aseguradoras una sanción frente al asegurado consistente en la exclusión de la obligación de pago para el caso de que no se les haya comunicado (por el asegurado o el tomador del seguro) la

situación de seguro múltiple. Sin embargo, tal y como precisa el TS, dicha sanción sólo es aplicable cuando la falta de comunicación se haya producido por dolo, siendo necesaria además la prueba del mismo, ya que la mera contratación por separado de dos seguros no se entiende por sí sola contraria a la buena fe. Se parte del principio de que el seguro múltiple es lícito.

Seguro de daños. Principio indemnizatorio.—Según establece el TS, en el seguro de daños rige el principio indemnizatorio que aboga por el resarcimiento completo del daño que ha sufrido realmente el asegurado. Si la indemnización es mayor o menor a la cuantía del daño efectivamente sufrido, se provoca un beneficio y un perjuicio injusto respectivamente para el asegurador o para el asegurado (según cuál sea el caso). Este principio no impide la contratación de un seguro de daños por mayor suma aseguradora o con seguro múltiple, siempre que la indemnización que se entregue en caso de concreción del riesgo asegurado sea la de la cuantía efectiva del daño producido.

Intereses por el retraso en el pago de la indemnización.—El TS rechaza el pago de los intereses que establece el artículo 20 LCS cuando en el caso se produjo un debate sobre el pago de la indemnización, siendo ésta una cuestión que se presentó como discutible. (STS de 31 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de una finca rústica, en la cual se edificó una venta-restaurante, celebró un contrato de seguro de daños con una entidad aseguradora, cuya suma asegurada era de 7.000.000 de pesetas. Posteriormente suscribió con la misma entidad otro contrato de seguro sobre el contenido del edificio por valor de 4.000.000 de pesetas. Unos meses después, celebró un nuevo contrato de seguro de daños (por la suma asegurada de 10.000.000 de pesetas) sobre igual continente y contenido que el anterior con otra entidad aseguradora distinta, sin que comunicase a esta compañía o a la anterior la situación de seguro múltiple. Con posterioridad a estos hechos se produjo un incendio en la finca que destruyó la venta-restaurante. La propietaria reclamó la indemnización debida, pero ambas compañías aseguradoras le denegaron el pago. Ante esta situación, interpone la propietaria de la finca demanda en reclamación de cantidad contra las dos compañías aseguradoras, que es desestimada tanto en primera, como en segunda instancia. Tras esto, recurre en casación la demandante ante el TS, el cual estima el recurso.

NOTA.—El artículo 20 LCS al cual se refiere la presente sentencia ha sido objeto de una nueva redacción por la DA 6.ª 2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El apartado 8.º del artículo 20 en su nueva redacción parece que se mueve en el mismo sentido apuntado aquí por el TS, al indicar la posibilidad de que no se apliquen los intereses moratorios regulados cuando la falta de pago de la indemnización se deba a causas justificadas o que no le sean imputables al asegurador. (A. M. M.)

94. Seguro marítimo. Legislación aplicable.—El TS en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 24 de abril de 1991 y 22 de junio de 1992) afirma que el contrato de seguro marítimo se rige por las disposiciones del CCO y no por la LCS.

Seguro marítimo. Universalidad de los riesgos.—Del artículo 755 CCO se deduce que el seguro marítimo tiene como característica la universalidad de los riesgos. Ahora bien, como señala el último párrafo del precepto, las partes podrán en la póliza estipular las excepciones que tengan por conveniente.

Supuestos de irresponsabilidad de la compañía aseguradora. Interpretación del artículo 756.7 CCO.—La aseguradora no responderá de los daños y perjuicios que tengan su origen en alguna de las causas mencionadas en el artículo 756 CCO. El TS interpreta el apartado séptimo de dicho precepto en el sentido de que entre la falta de documentos y el siniestro debe existir una relación de causa a efecto. (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. R. suscribe con la entidad *Segur Caixa, S. A.* una póliza multirriesgo de seguro marítimo, por la que se asegura su embarcación en un valor de 44.000.000 de pesetas. Designa como beneficiaria del seguro a la entidad *Cartujano de España, S. A.*

Se produce un siniestro en la mencionada embarcación y la entidad aseguradora alega para no abonar la indemnización que don A. F. R. no tenía la licencia exigida para patronear embarcaciones de esas características.

Don A. F. R. y la entidad *Cartujano de España, S. A.* interponen demanda suplicando se dicte sentencia por la que se condene a la entidad *Segur Caixa, S. A.* a pagar la indemnización pactada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación del demandado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

95. Normativa aplicable al seguro marítimo.—El TS declara que la LCS, de 8 de octubre de 1980, aunque afecta al seguro terrestre que regulaba el CCO y al seguro civil que regulaba el CC, no es aplicable al seguro marítimo que seguirá rigiéndose por la normativa del CCO.

Cobertura del seguro marítimo.—El TS afirma, que aunque se estime que los mecánicos embarcados no poseen la titulación reglamentariamente exigida, ello no determinará la exclusión del siniestro de la póliza contratada, cuando no exista una relación de causalidad entre la inobservancia de esas disposiciones administrativas y el siniestro acaecido.

Cláusula de sumisión a arbitraje.—Conforme al artículo 11 de la LA, de 5 de diciembre de 1988, ha de entenderse necesariamente que la demandada renuncia al convenio arbitral si se persona en el proceso y contesta a la demanda en cuanto al fondo de la misma, en lugar de limitarse a oponer la excepción de sumisión a arbitraje.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—La indefensión prohibida por el artículo 24 CE no ha de ser debida a la propia dejación o negligencia de la parte que dice haberla padecido; si la indefensión es exclusivamente imputable a ella, dicha parte es la única que ha de soportar las consecuencias que se deriven de su falta de diligencia procesal. (STS de 29 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Al buque *Macaya Erre* (asegurado mediante póliza suscrita con la *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a Prima Fija*) se le avería el radar en alta mar. Al no poder ser arreglado y dada la niebla existente, el patrón al mando decide regresar al puerto. Cuando retorna en las referidas condiciones, el barco encalla y se hunde. Posteriormente, el propietario del barco interpone demanda contra la citada aseguradora reclamando el pago de cierta cantidad de dinero. La Mutua contesta a la demanda y formula reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por el propietario del barco y desestima igualmente en su

totalidad la reconvencción formulada por la Mutua. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte y revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos respectivamente, por el dueño del barco y por la aseguradora. (M. C. C. M.)

96. Interpretación del término «responder» del artículo 32-2.º del Convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, sobre Transporte Internacional de Mercancías.—Según el TS, aunque el término «responder» tiene varias acepciones, la contestación del artículo 32 sólo puede ser de aceptación o de denegación o rechazo, equiparándose a las expresiones inglesa (*rejects*) o francesa (*repousse*) utilizadas en el texto original del Convenio. Una contestación dudosa o poco clara o sugeridora de que se aporten nuevos datos, explicaciones o documentos, no constituye la «respuesta» a la que se refiere el artículo 32-2.º del Convenio. (STS de 29 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 2 de junio de 1989 la mercantil *Atlántica Frío, S. A.* entrega a *Eurtrans, S. A.* quince bultos de maquinaria para un transporte por carretera desde La Coruña a Alemania Federal. Posteriormente, *Eurtrans, S. A.* contrata la realización del citado transporte con *Transportes Internacionales Maycal, S. A.* quien, a su vez, encarga el transporte al Sr. A. C. En el curso del transporte convenido, el conductor del vehículo sufre un accidente de circulación; como consecuencia del siniestro, la mercancía transportada sufre graves e importantes daños.

El 16 de junio de 1989 *Atlántica Frío, S. A.* formaliza reclamación por escrito de los daños y la dirige a *Eurtrans, S. A.* Al no obtener respuesta, la entidad *Commercial Union Assurance Company PLC* (aseguradora de *Atlántica Frío, S. A.*) dirige nuevo escrito de reclamación a la porteadora, escrito que es contestado el 18 de septiembre de 1989. Días después, *Commercial Union Assurance Company PLC* en cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del contrato de seguro concertado con *Atlántica Frío, S. A.*, paga a la misma la indemnización que le corresponde. El 5 de diciembre de 1990, la compañía aseguradora como subrogada en los derechos y acciones de la asegurada, formula juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra los transportistas *Eurtrans, S. A.*, *Transportes Internacionales Maycal, S. A.*, y don Manuel A. C.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la excepción de prescripción de la acción opuesta por los demandados. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación y en consecuencia, manda anular la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)