

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Esther MONTERROSO CASADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Susana QUICIOS MOLINA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del fraude de ley. Requisitos.—El artículo 6.4 CC señala que para que un acto se considere realizado en fraude de ley deben darse dos requisitos: *a*) el acto debe realizarse al amparo de una norma (denominada ley de cobertura); y *b*) que con dicho acto se persiga obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (o contrario a él). El TS (SSTS de 13 de junio de 1959 y 20 de mayo de 1988) afirma que la doctrina del fraude de ley no busca la represión del concierto o intención maliciosa, sino el cumplimiento del ordenamiento jurídico. (STS de 9 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don L.B.J. era miembro de los consejos de administración de dos entidades mercantiles (*Benito Blázquez e Hijos, S.A.* y *D.I.S.A.*, respectivamente). Dichas entidades mercantiles son competidoras en el mercado y tienen intereses contrapuestos.

Con anterioridad a la celebración de la Junta General de Accionistas de la entidad *Benito Blázquez e Hijos, S.A.*, don L.B.J. dimite como administrador de la sociedad *D.I.S.A.*, y en su lugar es nombrada su esposa.

Don G.B.J. interpone demanda contra la entidad *Benito Blázquez e Hijos, S.A.*, suplicando, entre otras cosas, la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General de Accionistas y la destitu-

ción de don L.B.J. como miembro del consejo de administración de la citada entidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima. El TS declara haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. (*M. J. P. G.*)

2. Interrupción del plazo de prescripción. Reclamación extrajudicial.—El artículo 1973 CC reconoce que el plazo de prescripción de las acciones se puede interrumpir mediante una reclamación extrajudicial, no sometida a ningún requisito de forma.

Interrupción de la prescripción mediante reclamación extrajudicial. Legitimación.—El TS afirma que están legitimados para interrumpir el plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial, no sólo el titular del derecho, sino también un representante o apoderado (incluso sin poder especial de representación para ello), así como un mandatario verbal (por ejemplo, un abogado o un procurador). (**STS de 16 de noviembre de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos interpuso demanda contra varios Ayuntamientos, suplicando se condene a los demandados a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de honorarios profesionales devengados como consecuencia del trabajo profesional realizado por el ingeniero don A.C.L.

El abogado de la parte demandante realizó diversos requerimientos a los demandados reclamando el pago de los honorarios profesionales.

El Juzgado de Primera Instancia estima 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.*)

3. Prescripción de la acción directa del tercero por el transcurso de un año.—El TS señala la inaplicación el artículo 23 LCS, que establece el plazo prescriptivo de dos años, al no existir una relación contractual directa entre la parte actora y la aseguradora de la nave puesto que «no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro». Por ello, es aplicable a la reclamación el artículo 1968 CC relativo al ejercicio de la responsabilidad extracontractual del 1902 CC como consecuencia de la acción «directa» que todo perjudicado o tercero posee contra la aseguradora. El cómputo del plazo señalado en dicho precepto es de un año y el mismo debe operar desde el día en que se originó el siniestro, ya que en ese momento se pudo ejercitar la acción, de lo que resulta la admisión de la excepción de prescripción al haberse superado ampliamente dicho plazo. (**STS de 19 de septiembre de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de junio de 1990, la Compañía mercantil *CEIPSA* padece daños y perjuicios como consecuencia de un incendio ocurrido en la nave industrial alquilada y propiedad de la Compañía *TPSA*. Con fecha de 24 de septiembre de 1992 reclama extrajudicialmente a la arrendadora *TPSA* y posteriormente interpone demanda contra la misma y su Compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada par-

cialmente por la Audiencia, quien condena al pago a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de casación, el TS declara haber lugar al mismo, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. (E. M. C.)

4. Figura de la simulación absoluta.—Es doctrina comúnmente admitida que la regulación legal de la simulación se halla en el artículo 1276 CC. La simulación consiste en la presencia de una causa falsa. Ello nos lleva a conceptuar la simulación absoluta en los casos en los que se crea la apariencia de un contrato, sin embargo no se desea que desarrolle vida jurídica. En estos casos, se halla afectado por la nulidad radical, según los artículos 1275, 1276, 1261.3, y 6.3 CC.

Doctrina jurisprudencial acerca de la simulación.—En lo que se refiere a la simulación como hecho, se estima como una cuestión fáctica cuya consideración es facultad del juzgador de primera instancia, sobre los que habrá de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (entre otras, SS de 11 de mayo de 1970, 11 de octubre de 1985, 5 de marzo de 1987, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); y se revela mediante pruebas indiciarias (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987). Consiste en una apariencia engañosa, careciendo de causa el contrato, con una finalidad ajena al negocio (S de 19 de julio de 1984), sin existir, por tanto, causa que nominalmente se exprese, respondiendo a otra finalidad jurídica (S de 1 de julio de 1988); de ahí que exista un vicio en la causa y que éste sea inexistente, puesto que la causa falsa equivale a su no existencia, lo que produce la nulidad del negocio, en tanto que no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (SSTS de 15 de marzo de 1995, 18 de julio de 1989, 23 de mayo de 1980, 21 de marzo de 1956). En cuanto a la simulación absoluta, una de las formas utilizadas es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la ejecución de los acreedores, conservando el falso enajenante el dominio, casos como los de compraventas que carecen de precio, siendo inexistente dicho contrato por ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer el bien de la perseguibilidad de los acreedores (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964, 2 de julio de 1982, 24 de febrero de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 1 de octubre de 1990, 24 de mayo de 1995, 26 de marzo de 1996, 29 de septiembre de 1988). (STS de 21 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Vicente G. C. fue condenado en 1983 por delito de estafa con perjuicio de don Florentino O. R., por lo que, en concepto de responsabilidad civil, se trabó embargo de diversas fincas del deudor. Sin embargo, en 1985, el condenado y su esposa vendieron y donaron los mencionados bienes inmuebles a don Martín G.S y a sus hijos. La Audiencia Provincial en 1988 les declaró autores de un delito de alzamiento de bienes, ganando firmeza la decisión. En 1992, se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de don Florentino O. R. contra los demandados esposos y los supuestos compradores y donatarios de los bienes inmuebles, solicitando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa y donación, por tratarse de negocios jurídicos simulados de exclusiva finalidad ilícita. Se estima la demanda, y la sentencia es recurrida en apelación. Se desestima el recurso, confir-

mándose íntegramente la sentencia. Se interpone recurso de casación ante el TS. (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Jurisdicción competente para conocer asunto en que se alega privación, en contra del principio de igualdad, de la nacionalidad española.—La cuestión suscitada tiene naturaleza civil, ya que en materia de nacionalidad, tanto por tradición como por ubicación de las normas reguladoras, la jurisdicción civil ha sido por regla general la competente para conocer de los asuntos litigiosos; ello sin perjuicio de la lógica intervención administrativa en la organización y documentación de los registros sobre el estado civil y las potestades conferidas a la Administración respecto de la nacionalidad no originaria. Pero como en el caso enjuiciado lo que se solicita es el reconocimiento de la nacionalidad española de origen, resulta indudable la competencia del orden jurisdiccional civil, sin que quepa apoyarse para defender lo contrario en la remisión que el artículo 22 CC hace a la «vía contencioso-administrativa». Tampoco es de recibo acudir a la literalidad de la DT 2.^a LOTC para justificar la necesidad de la vía administrativa, pues es más razonable una interpretación analógica de dicha norma, que denota la laguna por falta de desarrollo normativo del artículo 53.2 CE, y su aplicación, por tanto, a aquellos casos en que deba seguirse la vía civil.

Nacionalidad de los saharahuis durante el tiempo de tutela de España sobre el territorio del Sahara Occidental.—Fue la española, pues conforme a las reglas generales sobre nacionalidad «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia». Cuestión distinta es que en la práctica se impusiesen restricciones al *status civitatis* de la población colonizada.

Consolidación de la nacionalidad española por saharahui. Artículo 18 CC.—El título exigido por el precepto, en el caso presente, es la condición de «español indígena», nacido en territorio considerado español. El que este territorio fuera luego considerado no español «no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora». Como medios de prueba para demostrar la «posesión y utilización continuada de la nacionalidad española» deben tenerse en cuenta aquellos «signos de la posesión de estado» que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en «documentos administrativos» propios de los españoles u otros (pasaporte español, documento nacional de identidad bilingüe, prestación de servicios para la potencia colonizadora, etc.). El actor también acumuló, junto al *nomen*, el *tractatus* y la fama: la comunidad nacional y él mismo se comportaron en sus relaciones internas como si fuera español, teniéndose como tal tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado español. Por otra parte, hay que dar por probado que el nacimiento que acreditaba su condición de «español indígena» se inscribió en el Registro Civil, pues realizadas todas las gestiones oportu-

tunas por el interesado correspondía al Estado, como demandado, haber favorecido el desarrollo de la prueba o practicar la procedente contraprueba.

Vulneración del principio de igualdad.—La RDGRN que deniega al actor la nacionalidad española lesiona el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. Se le discrimina equiparando a saharahuis que se hallan en situación legal diferente: el Decreto de 10 de agosto de 1976, aplicado al caso por dicha resolución, distingue dos grupos de naturales saharahuis, en ninguno de los cuales cabe incluir al actor, ya que ni se hallaba, por entonces, residiendo en España ni en el extranjero, sino en el Sahara, y ya que dispone de documentos distintos a los exigidos a aquéllos, que inequívocamente acreditan en su favor el ejercicio de actividades propias del nacional español. Y se le discrimina también positivamente, dando un trato desigual a quien es igual a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, concretamente por aplicación del artículo 18 CC. (STS de 28 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don B.M.M.H., nacido el 19 de marzo de 1950 en El Aaiun, provincia del Sahara, promovió juicio incidental de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos de la persona (concretamente dentro del marco que delimita la Sección 3.^a de dicha Ley —«Garantía jurisdiccional civil»—), contra la RDGRN de 9 de septiembre de 1993, que había declarado no tener derecho el actor a la nacionalidad española, pese a haber invocado éste también la «nacionalidad de hecho». El demandante, para conseguir el reconocimiento de su nacionalidad española, había intentado obtener el certificado de inscripción de su nacimiento, expidiéndose certificación negativa por el Registro Central en la que se hace constar «que examinados los ficheros que obran en este Registro Civil no figura dato alguno de la inscripción que se menciona» (durante la sustanciación del proceso el citado Registro volvió a manifestar la «imposibilidad de remitir» la expresada certificación). La misma suerte desestimatoria corrió su solicitud ante la DGRN de «recuperación de su nacionalidad». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta contra el Estado español y el Ministerio Fiscal, al apreciar la excepción de falta de jurisdicción. Esta decisión se confirmó por la Audiencia Provincial, precisando que el orden jurisdiccional competente era el contencioso-administrativo. El TS valora que el actor disfrutaba de «pasaporte español», en el que consta expresamente su nacionalidad española y que fue utilizado en diversas ocasiones para salir al extranjero, expedido en El Aaiun (Sahara) —que figura también como lugar de nacimiento— el 21 de diciembre de 1973 y con fecha de caducidad de 20 de diciembre de 1978. Que asimismo está en posesión del Documento Nacional de Identidad (Sahara) bilingüe que acredita que nació en Aaiun (Demarcación de Aaiun) el 19 de marzo de 1950. Y además que justifica documentalmente los servicios prestados, durante más de tres años (de 1967 a 1970), en el antiguo Gobierno General del Sahara español, y posteriormente (de 1970 a 1975) en la Gerencia Provincial del Programa de Promoción Obrera de la Delegación Provincial (Sahara) del Ministerio de Trabajo. Por último, se resalta que el carnet escolar del actor corresponde al «Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiun

(Sahara)» y que, al ser nombrado Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara (órgano integrado en el Movimiento), prometió, entre otras cosas, «sentir la responsabilidad de ser español dentro de la necesaria comunidad de los pueblos». (S. Q. M.)

6. Derecho al honor.—La divulgación de la noticia falsa de una supuesta relación extramatrimonial entre dos personajes públicos, cuando no se ha empleado la diligencia exigible a un periodista para contrastar su veracidad, supone la vulneración del derecho al honor de tales personas.

Responsabilidad del director y el editor de un programa radiofónico por los ilícitos de sus empleados.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, casi en su totalidad derogada, sigue en vigor a los efectos de establecer la responsabilidad directa y solidaria del autor de la noticia, el director y el editor del medio en que se comunica, lo que es aplicable igualmente a la radio.

Colisión entre el derecho al honor y a la intimidad y el derecho a informar.—Si bien la comunicación de una noticia creada y divulgada por un tercero puede estar amparada por el derecho a la información, aunque aquélla resulte ser falsa, cuando se reproduce de forma objetiva, se produce sin embargo un atentado contra el derecho al honor de las personas a las que hace referencia cuando la noticia se hace propia, se amplía con datos personales y familiares, se trata con un sensacionalismo que sobrepasa la función informadora y se refiere a algo que carece de relevancia pública.

Límite al artículo 20.1 a) CE.—El único límite del derecho a la libertad de expresión es la exigencia de supresión de todo aquello que resulte injurioso o vejatorio o sea innecesario para la exposición de los pensamientos, ideas u opiniones.

Derecho a la intimidad y derecho al honor.—Cuando los hechos de los que se informa son inveraces no puede haber intromisión en la intimidad de la persona, pero sí vulneración de su derecho al honor, siendo el resultado el mismo en uno y otro caso a efectos del artículo 9 de la Ley Orgánica de protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Alegación de falta de legitimación pasiva ex novo en casación.—Constituye una falta de lealtad procesal, al reducir las posibilidades de defensa de la parte contraria, por lo que no puede ser planteada en este estadio del proceso. (STS de 24 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, un matrimonio aristócrata, interpusieron demanda contra una periodista radiofónica, el director de programación y la emisora difusora del programa por intromisión ilegítima en su honor, al entender que la noticia difundida por la primera, relativa a una supuesta relación sentimental entre la esposa demandante y un conocido banquero, no sólo era falsa, sino que había sido divulgada sin una previa constatación de veracidad llevada a cabo de manera diligente. Demandaron igualmente a un periodista de prensa escrita, al director de la revista para la que éste trabajaba y a la editora por un reportaje publicado en ésta que no sólo se hacía eco de la noticia radiodifundida, sino que la ampliaba de manera sensacionalista. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial. (A. G. G.)

7. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.—El derecho a difundir información prevalece sobre el derecho al honor cuando existe un interés general por el conocimiento de los hechos difundidos y se cumple el requisito de la veracidad de la noticia (STC de 15 de febrero de 1994).

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Requisito de veracidad de la noticia.—Para que se cumpla este requisito no es necesario que los hechos relatados sean reales, sino que basta con que se busque la verdad de manera diligente, asegurándose de esta manera la seriedad del esfuerzo informativo (STC de 15 de febrero de 1994). Esta diligencia concurre y, por ello, no se produce ningún atentado contra el honor cuando un periodista se ajusta al contenido de una nota de prensa para redactar un artículo periodístico, al haber entendido el TC en sentencia de 31 de mayo de 1993 que «la difusión de una nota de prensa por los responsables de la seguridad pública del lugar constituye una manifestación del derecho a recibir información, en cuanto facilita la difusión y recepción de información veraz».

Límites del derecho a la propia imagen.—Las excepciones a la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no han de ser interpretadas como una lista cerrada, sino meramente enunciativa, de forma que tienen cabida otras excepciones que surjan de las circunstancias del caso. Así sucede cuando se publica una fotografía del demandante, detenido como supuesto autor de un crimen, como accesorio al artículo periodístico que es lícito en aras de la libertad de información. (STS de 25 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. instó procedimiento incidental de protección al honor y a la propia imagen contra la empresa editora del diario *La Vanguardia*, su director y el redactor de un artículo que, ajustándose al texto de una nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona, identificaba al demandante, cuya fotografía se publicaba junto al texto, como uno de los supuestos autores de un homicidio acaecido años antes, dándose la circunstancia de que éste fue puesto en libertad sin fianza quince días después, no siendo finalmente procesado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrida esta sentencia por el actor, fue revocada por la Audiencia Provincial, que condenó a los demandados al pago solidario de una indemnización de 500.000 pesetas. (A. G. G.)

8. Intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad. El ejercicio de la acción penal conlleva la extinción de la civil.—En el artículo 24.1 CE se incardina el derecho a elegir la vía judicial que se estime más conveniente para la protección de intereses legítimos, precepto de aplicación al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, pues admite una doble vía de protección: penal y civil. El ejercicio exclusivo de la acción civil implica la extinción de la penal (art. 112.2 LEC). Asimismo, entiende el TS que el ejercicio de ésta conlleva la extinción de aquélla, por varias razones. En primer lugar, porque se trata del ejercicio de un derecho de opción, careciendo de sentido permitir acudir posteriormente a la vía no escogida. En segundo lugar, porque si pudiera ejercitarse la acción civil una vez fallida la penal, se estaría prolongando de manera indefinida la

posibilidad de reclamar, lo que es contrario a la noción de caducidad por la que la Ley Orgánica 1/1982 se decantó. Tercero porque, al acumularse la pretensión indemnizatoria civil de ordinario a la reclamación penal, no se produce indefensión. Y, por último, por el principio de seguridad jurídica.

Intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad. Caducidad.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece un plazo de caducidad de las acciones de protección de estos derechos de cuatro años, el cual no puede ser interrumpido ni suspendido, salvo, según una doctrina jurisprudencial —entre otras, la STS de 8 de noviembre de 1983— causa de fuerza mayor o cualquier otra causa ajena a la voluntad de los litigantes, circunstancias que no se dan en el caso. (STS de 28 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña I.P.A., como consecuencia de unos comentarios hechos en un programa radiofónico los días 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1985 en los que se hacía referencia a su relación con el Sr. B. y a las supuestas técnicas amorosas por ella empleadas, presentó querrela criminal por el delito de injurias graves el 7 de febrero de 1986, siendo sobreseído el proceso en marzo de 1991 por entenderse que los hechos carecían de relevancia penal, acordándose la reserva de las acciones civiles que se pudieran ejercitar. En junio de 1991 acudió la actora a la vía civil para presentar demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor o, en su caso, intimidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en sentencia que confirmó con posterioridad la Audiencia Provincial.

NOTA.—La sentencia es objeto de dos votos particulares discordantes. En el primero, el Magistrado Martínez-Calcerrada discrepa de la opinión del Tribunal al considerar, por un lado, que el ejercicio de la acción penal no extingue la acción civil y, por otro, que, ejercitada la acción penal en plazo, se suspende la caducidad de la acción civil hasta que se decida en relación con la primera. En el segundo, el Magistrado Marina Martínez-Pardo insiste en que el ejercicio de la acción penal no entraña la extinción de la civil, pues no hay ley que así lo declare, y señala que la prolongación anormal del proceso penal es causa ajena a la voluntad del ofendido que impidió el ejercicio de la acción civil en plazo. (A. G. G.)

9. Colisión entre el derecho al honor e intimidad personal y la libertad de información. Directrices para su solución.—El TC ha establecido las directrices a tener en cuenta para la solución de este conflicto de derechos. En primer lugar, no cabe fijar apriorísticamente los límites de los mismos, sino que se hará caso por caso. En segundo lugar, la libertad de información, por su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre y, en esa medida, del pluralismo político dentro de un Estado democrático, ocupa una posición prevalente, aunque no jerárquica ni absoluta, en relación con los derechos de la personalidad del artículo 18 CE, siempre que la información transmitida sea veraz —diligentemente comprobada— y de interés general. Efectivamente, sólo la relevancia comunitaria justifica el sacrificio de los derechos individuales al honor y la intimidad de una persona (SSTC 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, 7 de julio de 1997 y 28 de mayo y 31 de julio de 1998).

Colisión entre el derecho al honor y a la intimidad personal y la libertad de información. Requisito de veracidad.—La información no satisface la exigencia de veracidad cuando, aun pudiendo ser cierta, no responde a una averiguación correcta o ética. No se considera obtenida rectamente la información extraída de un sumario en tramitación, dado que éste ha de permanecer secreto para el público. (STS de 15 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En el periódico *El Mundo del Siglo XXI* se publicó un reportaje sobre el narcotráfico en España donde se citaba entre los blanqueadores de dinero negro en nuestro país a un despacho de abogados gibraltareños. Interpuesta demanda por intromisión en su honor por éstos, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la sentencia por entender, a la vista de la prueba practicada, que la información emitida era veraz, dado que respondía a una investigación real llevada a cabo por un Juzgado de instrucción dentro de un sumario en tramitación. (A. G. G.)

10. Persona jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Aplicación.—Su finalidad de *numerus apertus* hace que se aplique cuando a través de la creación de una persona jurídica se incurre en mala fe —art. 7.1 CC—, fraude de ley —art. 6.4 CC— o abuso de derecho —art. 7.2 CC— en daño ajeno —art. 10 CE—, constatados mediante el examen prudente del caso concreto, sin que se requiera necesariamente el desplazamiento de elementos patrimoniales de una a otra entidad ni la desaparición de una de ellas.

Persona jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Prueba.—La citada doctrina se basa en la prueba de presunciones obtenidas a partir de los hechos verificados y no en pruebas directas, dado que si existiera prueba directa de la vinculación entre las dos sociedades no habría velo que levantar. La presunción puede ser atacada bien probando ser otros los hechos en los que se funda, bien poniendo en evidencia un error en el proceso lógico-deductivo a través del cual se infiere de los hechos probados la existencia de una «confusión voluntariamente producida en la composición» de las dos sociedades.

Motivos de casación.—La supresión del motivo de casación que contemplaba el error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos impide que puedan atacarse en este momento los hechos considerados probados en primera y segunda instancia, siendo únicamente susceptible de impugnación el error de derecho en su valoración. (STS de 5 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.P.M., accionista mayoritario y vocal del consejo de administración de *Equipos Mecánicos, S.A.*, aceptó como representante de ésta cuatro letras de cambio a la mercantil *Benati, S.P.A.* Con posterioridad, en junio de 1987, dimitió de su cargo, al tiempo que la sociedad cambiaba de domicilio y, poco después, de nombre, volviendo a cambiar de domicilio una vez más antes de instar la suspensión de pagos en diciembre de 1989, en cuyo convenio judicialmente aprobado figuraba la demandante como acreedora de 18.790.330 pesetas. En febrero de 1987 *Equipos Mecánicos*

Servicios, S.A. comenzó sus operaciones, siendo su accionista mayoritario el mismo J.P.M., teniendo idéntico objeto social que la entidad anteriormente citada y compartiendo el domicilio social con ella por espacio de más de un año. Se daban asimismo las circunstancias de que algunos trabajadores de la primera pasaron a la segunda y de que era ésta distribuidora en exclusiva de los productos de *Benati Macchine, S.P.A.*, sucesora de *Benati, S.P.A.*, en dos tercios de la península. Demandó ésta a su deudora y a *Equipos Mecánicos Servicios, S.A.*, estimando el Juzgado de Primera Instancia en parte la demanda, condenando a *Equipos Mecánicos, S.A.*, y absolviendo a la otra demandada por falta de legitimación pasiva. Recurrida la sentencia en apelación por la demandante, la Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia de la instancia, condenando solidariamente a las codemandadas al pago de la cantidad debida. (A. G. G.)

11. Colegios Oficiales de Farmacéuticos. Jurisdicción competente para decidir sobre el pago de cuotas.—Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos son Colegios Profesionales Provinciales, los cuales pueden definirse como corporaciones de derecho público que agrupan a sectores de base privada con el fin de velar por los intereses de sus miembros. Sus decisiones se encuentran sometidas al control jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se refieren a la defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina o aprobación de presupuestos. En relación con el pago de cuotas de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos al Consejo General, el artículo 19 del Reglamento que rige este último le legitima para reclamar judicialmente las cantidades insatisfechas, sin concretar el orden jurisdiccional competente. Considera el TS que le corresponde al orden civil su enjuiciamiento, en función de la competencia residual que tiene sobre las cuestiones que no han sido expresamente sometidas a otro orden distinto. Estima igualmente competente al orden civil por aplicación del artículo 9.2 LOPJ. (STS de 28 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos interpone demanda contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia por impago de las cuotas correspondientes a los meses de septiembre de 1991 a marzo de 1992. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por incompetencia de jurisdicción. (A. G. G.)

12. Colegiación obligatoria.—La obligación de inscribirse en el Colegio profesional, establecida por el artículo 39 del Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de Odontología y Estomatología, aprobado por Orden Ministerial, no vulnera los derechos y principios de libertad asociativa y sindicación establecidos en los artículos 22, 28 y 36 CE (en este sentido, las SSTC 123/1987, 89/1989 y 35/1993) ya que esta adscripción obligatoria no constituye un límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, permitiendo la participación y afiliación de los profesionales colegiados en asociaciones u organizaciones sindicales en defensa de sus intereses, con cita de la STC 194/1998.

Competencia de jurisdicción.—El TS señala, con base en el artículo 1 LCP y STC de 15 julio de 1987, que los Colegios Profesionales son corporaciones de derecho público, pero su faceta asociativa privada está sometida al Derecho civil. En aquellos temas relativos a decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público, son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como requisito previo al sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos emanados de los órganos colegiales, una vez agotados los recursos, es necesario, en virtud del artículo 8 LCP, en consonancia con el artículo 1.2, c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la presencia de un acto administrativo; en el caso que nos ocupa, de un acto emanado del órgano colegial y supeditado al derecho administrativo. Y tal previo presupuesto y manifestación de un acto administrativo lo constituyó los reiteradas requerimientos del Colegio para la incorporación del estomatólogo al mismo. Por lo que, concluye el TS, debe acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 26 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos actor demanda a un profesional, por ejercer la estomatología sin encontrarse colegiado amparándose en encontrarse ya inscrito en una organización que agrupa a la clase médica, solicitando su alta y el abono de las cuotas derivadas de la obligatoria colegiación. El Juzgado de Primera Instancia estima la sentencia, revocada por la Audiencia, en apelación, estimando la excepción dilatoria de falta de jurisdicción. El TS desestima el recurso presentado, señalando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. (E. M. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Nulidad de los contratos por dolo en el consentimiento: anulabilidad.—La nulidad contractual que el Código Civil regula para los contratos en los que exista vicio en el consentimiento, se ha de entender referido a la figura doctrinal de la anulabilidad. Ha de estimarse el contrato anulable como inicialmente eficaz, ya que únicamente es el sujeto al que la invalidez se dirige a proteger el que puede alegarla. La eficacia lo será *de tipo claudicante*, en la medida en que se considera al contrato válido, en tanto no se impugne, y «no sea firme la resolución judicial que declare su anulación».

Concepto de dolo.—Conducta insidiosa reflejada mediante maquinación directa; cabe la posibilidad de dolo en conductas pasivas, en reticencia del que omite o no advierte debidamente a la otra parte (S de 15 de junio de 1995).

Ejercicio de la *exceptio doli* como medio eficaz para alegar vicio en el consentimiento.—El principio de economía procesal exige como solución la posibilidad de la citada alegación; a más, es inadmisibles que el dolo quede impune ante la negación de la vía excepcional. El ejercicio de los derechos subjetivos no se lleva a cabo únicamente mediante acciones propiamente dichas (demandante), «sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición

procesal de demandado». La sentencia de 13 de octubre de 1989, en cuanto a lo tratado, recordaba cómo la *exceptio doli* era concedida por el pretor en Derecho civil romano para que el defraudado pudiera defenderse de la acción entablada por la otra parte para el cumplimiento del negocio viciado. Todo ello según lo establecido en el artículo 1300, en relación con el 1265 CC. (STS de 27 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad Automóviles R. demandó en juicio de menor cuantía a la sociedad G.E. solicitando resolver el contrato de exclusiva de transporte por incumplimiento de la demandada, así como indemnización de daños y perjuicios. La misma ejerció la *exceptio doli* como contestación a la demanda, alegando que el consentimiento de G.E. estuvo viciado *ab initio*, puesto que su representante poseía intereses indirectos a través de las acciones de la sociedad de Automóviles R., de las que su esposa era titular. La primera instancia desestima la demanda, que es recurrida ante la Audiencia Provincial, en cuya sentencia estima en parte el recurso de apelación, declarando resuelto el contrato de transporte en exclusiva. La sociedad demandada G.E. interpone recurso de casación ante el TS, casando el mismo la sentencia dictada por la Audiencia.

NOTA.—Ver el comentario a la voz *Anulabilidad* en la Enciclopedia Jurídica, Tomo I, pp. 476 y ss. a cargo de J. M. Miquel González. Las construcciones dogmáticas en cuanto a este tipo de ineficacia son dos: anulabilidad como ineficacia estructural sobrevenida, siendo válido y eficaz el contrato anulable hasta que no se ejercite la acción de nulidad, que sería retroactiva. En contraposición con lo anterior, se entiende por otra opinión doctrinal que el negocio en sí posee un vicio invalidante, pero sanable a voluntad del legitimado para ejercer la acción. La sentencia anotada participa de la primera tesis. Debemos recordar la existencia de una tercera postura (Miquel González) según la cual la naturaleza de la anulabilidad depende desde el punto de vista desde el que se observe el contrato. La anulabilidad es ineficacia relativa ya que «uno de los contratantes queda vinculado si el otro quiere pero no a la inversa». (P. S. S.)

14. Contrato oneroso de cesión de negocio celebrado «a perpetuidad». Nulidad absoluta por ser contrario al orden público. Causa ilícita.—El contrato litigioso no fue celebrado por plazo o tiempo indeterminado o indefinido, «sino que se estipuló prácticamente la duración del mismo “a perpetuidad”, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (véase el art. 1583 CC)». En este mismo sentido tiene declarado la S de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es «opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico».

Interpretación de los contratos. Facultad exclusiva del tribunal a quo salvo que resulte ilógica o irracional.—«Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de

los juzgadores de la instancia, el resultado hermenéutico por éstos obtenido puede, sin embargo, ser sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado». (STS de 26 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Raimundo C. S. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Susana S. G. solicitando se declarase la resolución del contrato de cesión de un establecimiento receptor de Apuestas legalmente autorizado por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE), y subsidiariamente y para el caso de no estimarse, se declarase la validez del mismo y se condenase a su cumplimiento. Contestada la demanda, la parte demandada formuló reconvencción solicitando se dictara sentencia declarando la nulidad radical del contrato mencionado. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción y declaró su resolución por incumplimiento.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por la demandada y estimó parcialmente el interpuesto por el demandante en el sentido de condenar a aquélla a abonar al actor los daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. Ambas partes recurrieron dicha sentencia en casación y el TS declaró haber lugar al interpuesto por la demandada y declaró la nulidad absoluta del contrato de cesión del negocio por haberse estipulado prácticamente «a perpetuidad», y declaró asimismo no haber lugar al interpuesto por el demandante.

NOTA.—Las dos cuestiones abordadas por el TS en esta sentencia en relación al recurso interpuesto por la parte demandada se encuentran íntimamente relacionadas. La declaración de nulidad radical del contrato litigioso de fecha 1 de agosto de 1989 por el Alto Tribunal, dando lugar a la casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, supone la revisión en casación de la interpretación que esta última realizó del contrato que dio lugar al litigio. Excepcionalmente, es admisible dicha revisión cuando la interpretación llevada a cabo alcanza un resultado irracional, absurdo o ilógico, como en el caso que nos ocupa.

La Audiencia Provincial califica al contrato como pactado por tiempo indefinido, cuando para el TS «de la simple lectura de la cláusula tercera en relación con la sexta de dicho contrato se desprende claramente que fue estipulado a perpetuidad». A esta conclusión llega tomando en consideración tanto las palabras literales de las estipulaciones pactadas en el mismo («para siempre», dice, aunque en otro lugar puede leerse: «el plazo de duración del presente documento de cesión de negocio es indefinido a contar de la firma del presente contrato») como por el hecho de que para el caso de fallecimiento de los propietarios del local de negocio los beneficiarios deban ser abonados a los herederos de los mismos sin establecerse limitación alguna en este sentido, siendo la consecuencia jurídica que se deriva de tal interpretación la nulidad absoluta del contrato por ser, de acuerdo con el artículo 1583 CC, contrario al

orden público (en el mismo sentido, S de 16 de diciembre de 1985, citada por la presente). (A. G. C.)

15. Contrato de adhesión: Cláusula abusiva; sumisión expresa.—La cláusula de sumisión a favor de los juzgadores y Tribunales de Madrid, aparece impresa en el contrato de publicidad para inserción de anuncios en la Guía Telefónica de Granada, y se presenta como típica cláusula de adhesión aunque esté antes de la firma de los contratantes, por haber sido redactada por el contratante que la impone, ya que dicho pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral que supone expresión conforme de las voluntades concordantes de los contratantes, lo que determina la nulidad del mismo según SSTs de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 25 de noviembre de 1996.

Aplicación del Derecho Comunitario.—La doctrina jurisprudencial ha venido atendiendo a la Directiva de 5 de abril de 1993, como Derecho comunitario superior, y cuya transposición ha efectuado la Ley de 13 de abril de 1998 sobre condiciones generales de la contratación, y es lo que tiene en cuenta la STS de 27 de abril de 1998 que resolvió un supuesto idéntico, reputando abusiva la cláusula de sumisión expresa, ya que obliga a los interesados en la publicidad ofertada a pleitear en Madrid, lo que siempre se presenta dificultoso y gravoso económicamente cuando se trata de litigantes de otras provincias, y beneficia con desmesura notoria a la Compañía Telefónica, que mantiene una red comercial en todo el territorio del país, con sus correspondientes servicios, ocasionando con este proceder alteración de la competencia normal al imponerla en sus contratos, lo que representa un privilegio que desequilibra la posición paritaria que los contratantes deben mantener en las obligaciones recíprocas que convienen (STS de 18 de septiembre de 1998; resolviendo competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia de Granada.) (G. G. C.)

16. Contrato de adhesión. Cláusula redactada con letra «diminuta».—La existencia de un contrato de adhesión, entendiendo como tal «aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga la posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no» (FD 2.º, STS 13 de noviembre de 1998), mantienen la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Definidas dichas cláusulas en el artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril, como aquellas «predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia, ... con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos», se caracterizan por su contractualidad, predisposición, imposición, incorporación y generalidad. Las circunstancias formales de las mismas, como apariencia externa, tamaño, extensión o ubicación, no son relevantes para legislador. A diferencia de la doctrina que sí ha venido manteniendo la irrelevancia de los aspectos formales de las condiciones generales (vid. Alfaro: *Las Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 146-147; Arroyo Martínez y Miquel Martínez: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 29), en algunos pronunciamientos jurisprudenciales sí se han tenido en cuenta dichos extremos, unas veces para entender

que la letra diminuta, documentos al margen del contrato, cláusulas en la parte inferior, perjudicaban claramente al consumidor; y otras, como la STS de 22 de julio de 1992, en un sentido diametralmente opuesto, puesto que al sobresalir de forma nítida del resto del clausulado, supone el conocimiento y la indiscutible sumisión del consumidor.

Cláusula de sumisión expresa en contrato de adhesión.—La reforma de Derecho procesal del año 1992 vino a afianzar la idea de restricción de la autonomía de la voluntad cuando ésta genera un abuso o desequilibrio para una de las partes, como ya había reconocido con anterioridad la LCU. Dichas cláusulas, además de tener un efecto disuasorio, puesto que hace más gravoso y difícil el derecho a litigar del consumidor, favorece la situación del predisponente, acentuándose el desequilibrio entre las partes y causando en el consumidor perjuicio desproporcionado y no equitativo con respecto al predisponente. La nulidad o ineficacia de una cláusula de competencia territorial, comporta la aplicación automática de las normas legales supletorias sobre competencia establecidas en la LEC. (STS de 13 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis L. C. celebró con la editorial *S. Editores, S. A.*, un contrato de compraventa de libros y videos, que fueron remitidos a don Luis a portes pagados. Dicho contrato contenía, debajo del texto normal impreso y relleno a mano, dos líneas y media de texto jurídico en letra diminuta dentro del cual se hallaba la frase «me someto para el ejercicio de tales derechos a los Tribunales de Barcelona con renuncia expresa de mis propios fueros». Impagado el precio por el comprador, la editorial interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, el cual acordó negar la inhibición instada por el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela. Al insistir ambos juzgados en su competencia, se remitieron al TS.

NOTA.—Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, la doctrina jurisprudencial del TS sobre los pactos de prórroga de fuero había sido zigzagueante, incluso ante supuestos de hecho y de derecho idénticos, repitiéndose incluso en varias de las sentencias el mismo contratante (*vid.* Torres Lana: «Prórroga de fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Civil*, 1995-II; y «Comentario a la STS de 29 de junio de 1995», *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, R.1062; Valls Lloret: «Comentario a la STS de 12 de julio de 1996», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, R.1154). Numerosos pronunciamientos jurisprudenciales reconocían la validez de dichas cláusulas y pactos, entendiendo que concurrían los requisitos del artículo 56 LEC, sin que se produjera desequilibrio contractual ni desigualdad de condiciones entre las partes, tal y como prohíbe el artículo 10.1.c) LCU (en este sentido, SSTS de 31 de mayo de 1991; 18 de junio y 22 de julio de 1992; y 29 de junio de 1995).

Sin embargo, ha sido la línea jurisprudencial contraria (SSTS de 23 de julio de 1993; 20 de julio de 1994; 12 de julio de 1996; 14 de septiembre de 1996; 20 de febrero de 1998), negando la validez de dichos pactos la que se ha consolidado, y la que cuenta en la actualidad con apoyo legal en la nueva redacción de la DA 1.^a de la LCU, apartado IV, núm. 27, aplicada por el TS, tras su entrada en vigor,

en numerosos pronunciamiento (SSTS de 4 de mayo de 1998; 3 y 20 de julio; 13 de noviembre de 1998; 13 de marzo, 19 de mayo y 9 de julio de 1999).

Por lo que respecta a la competencia territorial, el nuevo artículo 9.3 LCGC, concreta un supuesto de competencia territorial improrrogable, estableciendo como juez competente el del domicilio del demandante (esto es, consumidor-adherente), quedando excluido cualquier pacto de las partes al respecto. Las alternativas procesales que se plantean para denunciar la infracción del artículo 9.3 LCGC son, de una parte, formular la inhibitoria o declinatoria; o bien, impugnar a través del recurso de reposición la resolución judicial que erróneamente haya admitido a trámite la demanda (*vid.* al respecto Pico i Junoy, J.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, comentario al artículo 9.3, ed. Tecnos, pp. 95 a 97). (R. D. O.)

17. Comunidad de créditos. Solidaridad tácita.—El Tribunal de instancia decretó la existencia de una efectiva comunidad de damnificados, a la que el Sr. B. resarcó por los daños y perjuicios causados a sus dos integrantes. La decisión de la Audiencia Provincial es acertada, en cuanto sentó que, sin perjuicio de las reparaciones y reintegros que hayan percibido los litigantes, y respecto a la cantidad que resulte restante, no asiste legítimo derecho a ninguno de los copartícipes para su atribución plena y exclusiva, por lo que debe fijarse la que corresponde a cada uno de ellos, mediante las oportunas operaciones de rendición de cuentas y de este modo fijar el saldo a repartir, si resultase existente.

En esta línea el discurso casacional ha de abordar la cuestión relativa a la comunidad que la sentencia admite y el recurrente impugna. El artículo 392 CC se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que se puedan tener en comunidad no sólo bienes o derechos reales, sino también créditos —comunidad de acreedores con derecho a partes iguales—, que es la del caso que nos ocupa, y no cabe confundirla con la comunidad de ganancias. Esta comunidad queda sometida a las normas de las obligaciones mancomunadas y solidarias, que el Código Civil regula en su artículo 1137 y siguientes, si bien resulta más adecuada cuando se trate de créditos mancomunados. En este caso la deuda fue resarcida mediante una única prestación económica que no se dividió entre los litigantes, por lo que éstos mantienen una situación de comunidad de intereses acreedores, que hace aplicable el artículo 392 CC, por no haber precepto impeditivo alguno en contra, ya que el artículo 1137 CC establece que la concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación no implica solidaridad entre ellos, si no resulta expresamente determinada y esta solidaridad resulta evidenciada que subsiste a lo largo del tiempo hasta que la deuda quede liquidada definitivamente.

La figura de la solidaridad tácita ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial y se autoriza a cualquiera de los acreedores a cobrar el crédito, pero no en su exclusivo beneficio. (STS de 14 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los antecedentes del recurso, en lo que interesa para comprender la doctrina jurisprudencial que se destaca, son los siguientes. El matrimonio B. vende al recurrente y al recurrido en casación un piso cuyo precio no se acreditó hubiera sido desembol-

sado, funcionando el negocio como una venta en garantía. El motivo de esta operación fue la disposición en provecho propio por parte de los vendedores de veinticinco millones de pesetas que el *Banco de Bilbao* había concedido a la sociedad constituida por la esposa del vendedor, la del recurrente y el propio recurrido. Ello había obligado a los litigantes, en su condición de avalistas, a solicitar del Banco dicho un préstamo hipotecario por treinta y cuatro millones de pesetas. Posteriormente el vendedor entrega al recurrente dos cheques nominativos por un importe global de casi setenta y tres millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios irrogados. El recurrido interpuso demanda de reclamación de cantidad solicitando la parte que le correspondía. La demanda fue desestimada. Prospera la apelación estimándose parcialmente la demanda. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

18. Intereses moratorios y aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*.—A pesar de que la jurisprudencia, en aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*, viene entendiendo que la liquidez de las deudas dinerarias es un presupuesto de la mora del artículo 1100 CC, sin cuya concurrencia no ha lugar a la concesión de intereses por este concepto, lo cierto es que «el pago de los intereses moratorios actúa como sanción al deudor reuente que no resulta debidamente cumplidor, por lo que el acreedor, que de esta manera adquiere condición de perjudicado, debe ser protegido jurídicamente desde el momento en que se le reconoce judicialmente el crédito subsistente y no satisfecho debidamente, al tiempo de su reclamación judicial, que en este supuesto hay que referir al acto de conciliación sin resultado y, aunque se le otorgue cantidad inferior a la pedida, por desestimación de alguna partida no suficientemente probada, pues la fijación judicial de la cuantía de lo debitado resulta de fácil determinación».

Prescripción trienal de los honorarios profesionales de abogados. Cómputo inicial del plazo.—«Conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial, en estos casos, en que los servicios de los Letrados constituyen un conjunto de actuaciones conexonadas y no separables, pues todas las llevadas a cabo por el actor tenían el mismo objetivo (...), el plazo del cómputo inicial no puede computarse atendiendo sólo a las distintas partidas correspondientes a las diversas actividades particularizadas, sino a partir del momento en que se cesa de manera total en prestar los servicios profesionales contratados». (STS de 24 de septiembre de 1998; ha lugar a uno de los recursos.)

HECHOS.—Don Fernando L. B., abogado de profesión, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Pilar y don Justo G. R. en reclamación a cada uno de los demandados de la cantidad de ocho millones de pesetas que decía le eran debidos en concepto de honorarios más los intereses moratorios desde el día 30 de enero de 1991 en que tuvo lugar un acto de conciliación. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso y revocó parcialmente la sentencia en el sentido de condenar a cada uno de los demandados a abonar al actor la cantidad de 6.947.261 pesetas, cantidad menor de la solicitada en

la demanda al no poder probarse una de las partidas de la minuta presentada por el abogado, más el interés previsto en el artículo 921 LEC. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró haber lugar al interpuesto por el demandante en el sentido de que debían satisfacerse al mismo los intereses moratorios legales desde el día 30 de enero de 1991, y declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados.

NOTA.—Aunque la sentencia que nos ocupa no es ajena a la exigencia jurisprudencial durante más de un siglo de la liquidez como requisito para que el deudor incurra en mora, es lo cierto que se hace expresamente eco de que: «la más reciente doctrina de esta Sala de Casación Civil, ha atenuado la aparente rigidez y automatismo —tan contraria al Derecho—, que parece establecer el principio que se aporta como infringido», a la que parece adherirse, mitigando su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia (SSTS de 5 de marzo de 1992, 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994 y 20 de julio y 20 de noviembre de 1995). En concreto, en este caso se concedieron a un abogado, que reclamaba sus honorarios profesionales, intereses de demora desde la fecha de una conciliación anterior a la demanda, tal y como solicitaba el demandante, a pesar de que la Audiencia Provincial de Zaragoza le concedió una cantidad menor de la solicitada (por falta de prueba de una de las partidas concretas). (En contra de esta tesis, SS de 5 de octubre y 25 de noviembre de 1983, 10 y 28 de octubre de 1986, 3 de noviembre de 1987 y 7 de marzo de 1988), lo que se justifica sobre la base de que aquél presentó una minuta detallada de las actuaciones y conceptos y su correspondiente cuantificación económica, por lo que se trataba de una deuda líquida, cuya determinación concreta no precisaba pronunciamiento judicial (*vid.* Ruiz-Rico Ruiz, J. M., «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1893 y ss.)

Por otro lado, el TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados, que alegaban la prescripción de los honorarios profesionales generados en el primero de los dos períodos temporales en que, según ellos, se dividió la actividad profesional del demandante, sobre la base de entender que dicha actividad, como se demostró en el período probatorio, fue una prestación continuada, en cuyo caso la doctrina jurisprudencial tiene señalado que el inicio del cómputo a efectos de prescripción se sitúa en el momento en el que de una forma definitiva se cesa en la actividad (SSTS de 24 de junio de 1991, 15 de marzo y 15 de noviembre de 1996, citadas por la presente sentencia. (A. G. C.)

19. Principio de congruencia.—Se impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que lo fundamenta. Sin embargo, no es exigible una literal concordancia, permitiendo al órgano jurisprudencial establecer su juicio crítico de la manera que crea más acertada; la armonía entre los pedimentos y la decisión ha de extenderse hacia los extremos que la complementen. El Tribunal atenderá a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

Requerimiento establecido en el artículo 1504 CC.—La validez del requerimiento notarial recogido en el artículo 1504 CC no depende de estar suscrito por la totalidad de propietarios existentes, puesto que el precepto no regula la forma y el modo en que ha de practicarse el requerimiento, sólo exige que contenga la intimación o petición al pago.

Relación entre los preceptos 1124 y 1504 CC.—Ambos artículos no se eluden entre sí, sino que tienden a complementarse. La regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, se aplica al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles. La facultad resolutoria del artículo 1504, así como la genérica del 1124, requiere patentizar de forma indubitada la existencia de una voluntad rebelde y obstativa al incumplimiento, imputable al comprador, no siendo suficiente un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones (entre otras, SS de 22 de diciembre de 1978, 30 de marzo y 23 de mayo de 1981, 15 de abril de 1982, 20 de noviembre de 1984 y 7 de julio de 1987). Doctrina más reciente, sin embargo, manifiesta que la resolución del artículo 1504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, siendo suficiente la frustración del fin del contrato para la contraparte; será necesaria la existencia de un incumplimiento inequívoco, sin precisarse una tenaz resistencia al cumplimiento, en supuestos tales como el impago prolongado, duradero, injustificado, o frustración del fin económico-jurídico del negocio (SS de 20 de diciembre de 1989, 21 de julio de 1990, 15 de febrero, 7 de junio y 2 y 16 de julio de 1991 y 16 de junio de 1992). (STS de 24 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Amalia P. C. y sus hijos promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra don Benjamín V. B. sobre resolución de contrato de compraventa formalizado con el demandado, solicitando la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por razón del incumplimiento del pago del precio y retención de la posesión de la finca. Desestimando la reconvencción del demandado, por la que se pretendía la condena de los actores a otorgar escritura pública y aceptar el resto del precio, se dictó sentencia por la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta, declarando resuelto el contrato de compraventa. Los demandados recurren en apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Se formalizó recurso de casación, basado en la infracción del artículo 1281, y la aplicación incorrectas de los preceptos 1504 y 1124 CC.

NOTA.—En referencia al incumplimiento resolutorio, Díez—Picazo (*Enciclopedia Jurídica*, voz Resolución, Tomo III, pp. 5893 y ss.) afirma que, aunque existan opiniones doctrinales que exigen la gravedad en el incumplimiento, siendo irresoluble el contrato si el incumplimiento carece de dicha gravedad, sin embargo la distinción levedad-gravedad introduce un elemento arbitrario para resolver las cuestiones, llegándose a idéntica solución a través del examen de cada caso concreto, observando si se actúa conforme a la buena fe, y si no existe abuso en el ejercicio de dicha facultad.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, se ha establecido reiteradamente la complementariedad de los preceptos 1124 y 1504 CC, «no se eluden entre sí, sino que se complementan, ya que la regla general que disciplina las obligaciones recíprocas, se especializa y puntualiza cuando se trata de compraventa de bienes inmuebles»

(S de 10 de octubre de 1997.) Otras, sin embargo, reiteran la postura de la consideración del artículo 1504 CC como un plus basado en la exigencia de un firme requerimiento, en relación a la acción contemplada en el artículo 1124 CC; este precepto se aplica como sanción resolutoria para cualquier incumplimiento contractual, pero cede ante el artículo 1504 CC cuando se trate de compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado (SS de 29 de abril de 1994, 5 y 29 de diciembre de 1997). La aplicación, por tanto, del artículo 1504 CC no impone que sea recogido taxativamente en el contrato de compraventa, sino que es suficiente que nos encontremos ante el supuesto de hecho de la norma para que despliegue sus efectos (sanción resolutoria) (S de 29 de diciembre de 1997), siendo necesarios los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento, requerimiento judicial o notarial y vendedor cumplidor (S de 5 de diciembre de 1997.) (P. S. S.)

20. Calificación jurídica de las relaciones negociales.—La doctrina científica y jurisprudencial es reiterada cuando establece que la calificación jurídica de las relaciones entre las partes de un negocio es función de los Tribunales de primera instancia, siempre que dicha actuación no se halle contraria a las normas de hermenéutica contractual (entre otras, SS de 20 de octubre de 1986, 7 de marzo de 1988, 8 de mayo de 1991, 23 de marzo de 1993, 6 de febrero de 1995).

Figura contractual del *leasing*.—Tiene origen anglosajón, y se define como aquél por el que la sociedad de *leasing* se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto a un usuario, «comprándolo al suministrador y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas», previéndose en ocasiones, para el término del periodo pactado una opción de compra a favor del usuario. También conocido como arrendamiento financiero, su regulación la encontramos en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la DA 1.ª de la Ley 28/1998 de contienda judicial; amén de la voluntad de las partes contratantes (art. 1255 CC) y la doctrina jurisprudencial.

Tipología del *leasing*.—Podemos distinguir dos clases: *leasing* de amortización parcial (arrendamiento) donde la propiedad del objeto se halla en la sociedad de *leasing*; o *leasing* de amortización total (compraventa) en la que el usuario adquiere el objeto. La distinción entre un tipo y otro se llevará a cabo mediante el análisis del valor residual pactado. Si el mismo es de escasa importancia («insignificante»), estaremos ante amortización total, debido a que la compra del objeto será la única alternativa razonable al término del *leasing*, para el usuario, encontrándonos ante una verdadera compraventa de bienes a plazos. (STS de 21 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad C.L. realiza un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con la sociedad T. de M.L. cuyo objeto fue una pala cargadora. Posteriormente, el Banco E.E. trabó embargo de los bienes pertenecientes a la sociedad usuaria del *leasing*, junto con la pala cargadora. La sociedad C.L. interpone demanda en el Juzgado de Primera Instancia sobre tercería de dominio contra el Banco E.E. y la sociedad usuaria, solicitando se decrete el alzamiento de embargo y la entrega de dicha máquina. Se desestima íntegramente la demanda, que es recurrida en apelación, y la

Audiencia Provincial revoca la misma, ordenando se alzase el embargo trabado. El Banco E.E. recurre en casación ante el TS.

NOTA.—A contrario, se ha de destacar la sentencia de 28 de noviembre de 1997 en la que se pretendía dilucidar si se estaba ante arrendamiento financiero (*leasing*) o compraventa a plazos. Se establecía que se hallaba ante un arrendamiento financiero en la medida en que así se explicitaba en el contrato suscrito, amén de la naturaleza mercantil de la entidad firmante y cedente. La sentencia recurrida afirmaba que al coincidir el precio de la opción de compra en un valor residual de una mensualidad de amortización, se hallaba ante una venta a plazos, sin embargo el TS contrarrestaba con la afirmación siguiente: «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 tantas veces mencionado contrato de arrendamiento financiero».

(P. S. S.)

21. Contrato de arrendamiento de local negocio celebrado tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 2 de abril. Régimen jurídico aplicable en materia de prórrogas.—La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, determinó la existencia de dos clases de arrendamientos urbanos: los anteriores a esta norma legal, sujetos al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y los posteriores, a los que se le aplica la tácita reconducción del artículo 1566 CC, a no ser que las partes contratantes hubiesen convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto preconizada en el artículo 1255 CC. El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985 se limita a suprimir el automatismo legal u *ope legis*, pero sin que ello sea óbice para entender que, previo consentimiento de las partes, no pueda funcionar el expresado régimen de prórrogas forzosas del artículo 57 de la LAU de 1964 (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero, y 18 de febrero de 1992, y 20 de abril de 1993).

La prohibición a la renuncia contenida en el artículo 6.3 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, y con relación celebrados a partir de dicha fecha, ha perdido su virtualidad jurídica, al no ser un derecho irrenunciable, puesto que será el libre juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes el que determine el régimen aplicable al contrato

Modificación de la renta. Novación modificativa del primitivo contrato de arrendamiento. Requisitos de la novación.—La doctrina y la jurisprudencia han consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa (art. 1203 CC), al lado de la extintiva, considerada como causa de extinción de los contratos en el artículo 1156 CC. Existirá novación cuando se produzca la modificación de alguno de los elementos de la relación obligatoria, siempre que el segundo negocio jurídico celebrado, tome su causa del primero. Además, en la duda sobre si las partes han querido la novación modificativa o extintiva, debe inclinarse el intérprete por el efecto más débil (S de 5 de mayo de 1978 y las que cita). De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la novación, tanto la extintiva, o también llamada propia, como la modificativa, o impropia, es objeto de interpretación restrictiva (SSTS de 24

de febrero de 1964, 11 de febrero de 1965, 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991). Nunca se presume y es preciso para que exista, o bien que se declare expresamente, o que resulte con toda claridad y evidencia de los términos del acto que se considera novatorio (SSTS de 15 de marzo y 23 de julio de 1996). (STS de 2 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de julio de 1985 celebran la empresa *Grandes Superficies, S. A.*, absorbida posteriormente por la entidad mercantil *CCP, S. A.*, y *La Croissanterie, S. A.*, un contrato de arrendamiento del local de negocio núm. 16, sito en la galería comercial perteneciente a la entidad CCP, S. A. Dicho contrato tenía un plazo estipulado de duración de tres años (cláusula 2.^a), el pago de una renta anual de 1.560.000 pesetas, y expresamente se establecía la renuncia por el arrendatario a todos y cada uno de los beneficios o derechos que la LAU, entonces vigente, pudiera atribuir con relación al local arrendado, «salvo el beneficio de prórroga establecido en el artículo 57 LAU, que el arrendador declara expresamente aplicable al presente contrato y concede al arrendatario» (cláusula 15.^a). El día 1 de septiembre de 1988, entre las mismas partes y sobre el mismo local, se celebra un nuevo contrato, pactándose como plazo de duración del mismo de un año, una renta de 1.866.456 pesetas, así como la renuncia de la arrendataria a todos y cada uno de los beneficios o derechos que la LAU pudiera atribuirle, de conformidad con lo prevenido en el artículo 6, párrafo 3.º de la misma (estipulación 15.^a). Transcurrido dicho plazo de un año, la entidad CCP, S. A., formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia suplicando se declarase resuelto, por expiración del término, el contrato de arrendamiento celebrado con la parte demandada el día 1 de septiembre de 1989. Desestimada la demanda en primera instancia así como el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la parte actora interpuso recurso de casación.

NOTA.—El TS reitera, como en anteriores sentencias, la existencia de dos clases de arrendamientos urbanos, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, con base al funcionamiento de la prórroga forzosa. Los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, sujetos al régimen de prórroga forzosa; y, los celebrados con posterioridad, a los cuales será de aplicación la tática reconducción del artículo 1566 CC, salvo que las partes hayan convenido, expresa o tácitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 LAU. El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, ha mudado la naturaleza del artículo 57 de la LAU de 1964, puesto que con anterioridad al mismo, su aplicación era obligatoria (norma de derecho obligatorio o *ius cogens*), y, en la actualidad, en virtud de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, las partes pueden pactar libremente el régimen jurídico aplicable, pasando a convertirse a una norma de derecho dispositivo.

En la sentencia que anotamos, aunque el nuevo acuerdo se hubiese celebrado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, el mismo no viene a ser un nuevo contrato sobre el mismo local y entre las mismas partes contratantes, sino únicamente una novación modificativa en cuanto a la renta, sin que

se produzca la renuncia al derecho de prórroga forzosa. No consta ni expresa ni implícitamente, la voluntad de las partes en cuanto a la extinción de la relación obligatoria anterior (art. 1204 CC), así como tampoco se produce la incompatibilidad de ambas. Sigue, por tanto vigente el contrato de fecha 24 de julio de 1985, y con respecto al mismo, sólo se ha actualizado la renta.

Sin embargo, la estipulación contenida en el documento de fecha 1 de septiembre de 1988, sobre la nueva duración de un año (estipulación 2.^a), no ha sido analizada por el TS, al entender que éste carece de naturaleza contractual, siendo una simple novación con respecto al contrato de 24 de julio de 1985, declarándolo plenamente vigente. Ese plazo anual de las partes no se analiza por el TS, ni para considerarlo como novación, en cuanto al plazo de duración de la prórroga forzosa, al permitirse, con relación al artículo 57 LAU de 1964, pactos de las partes en cuanto a la duración de la misma, o como plazo de duración de la nueva renta, siendo necesario, transcurrido dicho plazo de un año, una nueva revisión de la misma. (R. D. O.)

22. Arrendamiento concertado antes de la entrada en vigor de la Ley de 15 de marzo de 1935. Concepto legal de cultivador personal a los efectos de usar el derecho de acceso a la propiedad conforme a la DT 1.^a LAR 1980.—El concepto legal de cultivador personal de los artículos 14 y ss. de la LAR no exige «la dedicación única a la actividad agraria, como requisito necesario del concepto y, ello es así porque, de suyo, no es una condición impuesta por la dicción de la Ley, ya que, cultivador personal es quien lleva la explotación de la finca, por sí, o con la ayuda de familiares que con él conviven. (...) La Ley no prohíbe al arrendatario el ejercicio de otra actividad, siempre que dedique preferente atención a la explotación agrícola o ganadera».

Es admisible la sucesión *mortis causa* en los derechos del arrendatario por quien traiga causa del sucesor arrendatario. Interpretación del artículo 79 LAR conforme a su espíritu y finalidad.—Frente a la opinión de que el sucesor arrendatario no puede, a su vez, transmitir la cualidad de arrendatario (STS de 6 de febrero de 1992), pugna esta interpretación «con la misma noción de los “arrendamientos rústicos históricos”, favorecidos con el derecho de acceso a la propiedad y, por tanto, con la dicción literal de la Ley que no establece restricciones justificativas de tal limitación, corroborada, además, por los elementos históricos y sistemáticos que cooperan y guían en la recta hermenéutica de las normas. En efecto, la Ley 1/1992 de 10 de febrero, de arrendamientos rústicos históricos especifica en la «exposición de motivos», en orden a la explicación del derecho de acceso y sus finalidades, a propósito del valor de las fincas arrendadas que a éste «han contribuido de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones», conceptos que, obviamente, presuponen varias sucesiones en el arriendo. Tal elemento interpretativo de la norma, de indudable importancia, conforme al artículo 3.1 CC, no puede ignorarse sin torcer el espíritu y finalidad de la misma. En segundo lugar, el precepto cuestionado no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual durante todo el tiempo que queda de vigencia de arriendo, sea por pacto contractual, sea a virtud de la prórroga sucesivas, no se halla condicionado por restricción alguna». (STS de 13 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Esteban I. A. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de cognición sobre acceso a la propiedad contra don Antonio M.^a M. S. y contra doña M.^a Cristina, don Pedro Manuel, doña Josefa y doña M.^a Guadalupe S. M., solicitando se declarase su derecho a acceder a la propiedad de un caserío ubicado en el término de Azkoitia y sus pertenencias, abonando una determinada cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, aunque elevó la cantidad a pagar por el actor para ejercitar su derecho de acceso a la propiedad.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de San Sebastián la revocó parcialmente en el sentido de aumentar la cantidad a abonar para hacer efectivo el acceso a la propiedad. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS lleva a cabo una delimitación del concepto legal de cultivador personal de los artículos 14 y ss. LAR 1980, hoy día redactados conforme a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (que utiliza la expresión «profesional de la agricultura»), cualidad que debe concurrir en quien pretenda ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de conformidad con lo establecido en la regla tercera de la DT 1.^a LAR. En este sentido, el Alto Tribunal acoge un concepto de cultivador personal que no requiere la nota de dedicación única y exclusiva a la actividad agraria, permitiéndose el ejercicio de otras actividades, pero siempre que dedique preferente atención a esta última (S de 23 de junio de 1988 en el mismo sentido), haciéndose así eco de la realidad agraria en muchas regiones.

También se procede en la presente sentencia a llevar a cabo una interpretación del artículo 79, en relación con el 71, ambos de la LAR apartándose de lo establecido con anterioridad en la S de 6 de febrero de 1992, es decir, se admite la posibilidad de que el sucesor en el arrendamiento pueda, a su vez, transmitir *mortis causa* su condición de arrendatario. Para defender esta postura, además de estar-se a los términos literales, el TS acude, como establece el Código Civil en el artículo 3.1, a una interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma, que no es otra que la de favorecer el acceso de los arrendatarios a la propiedad de las fincas. (A. G. C.).

23. Concepto de ruina a los efectos del artículo 1591 CC. La ruina funcional.—A los efectos de aplicación del artículo 1591 CC la jurisprudencia ha conformado un concepto amplio de ruina debiendo entenderse que «se refiere no sólo a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, extendiéndose a vicios o defectos que afecten a elementos esenciales de la construcción».

En este sentido, aquel concepto abarca «aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacer la edificación inútil para la finalidad que le es propia, en consonancia con las necesidades y exigencias del mundo de la construcción».

Responsabilidad solidaria. Distribución de la carga de la prueba.—Queda establecida la responsabilidad solidaria en el artículo 1591 CC «cuando no sea factible individualizar la responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción, y en el ámbito probatorio en este orden de cosas, no cabe duda, de acuerdo, asimismo, con la doctrina jurisprudencial de bastar al dueño de la obra probar la característica ruinosa de los desperfectos o vicios constructivos, para hacer recaer en aquellos profesionales la probanza de no corresponderles ninguna responsabilidad en el campo de sus respectivas funciones y obligaciones». (STS de 19 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan V. P., Presidente de la Comunidad de Propietarios de la Residencia *El Dorado* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre ejecución de obras contra *Construcciones Santiago Santisteban, S.A.*, don Alfonso A. G. (arquitecto), don Juan José M. G. (aparejador) y la Compañía mercantil *Andia Louvers, S.A.* (suministradora de material) como consecuencia de los defectos aparecidos en las celosías de la fachada de aquella Residencia. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acogiendo la excepción dilatoria de falta de legitimación activa y absolviendo en la instancia a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia revocando la anterior y condenando solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos en la forma a determinar en ejecución de sentencia. Don Alfonso A. G. y don Juan José M. G. interpusieron sendos recursos de casación; el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—Conocido es el amplio concepto de ruina que, en relación al artículo 1591 CC, ha adoptado la jurisprudencia de nuestro país y que le ha separado de su sentido literal, incluyéndose en el mismo cualquier vicio que sobrepase el carácter de simple imperfección. En esta línea se inserta la idea de «ruina funcional», que debe ser distinguida de una ruina material propiamente dicha (destrucción total o parcial de la edificación de un modo efectivo) y que se caracteriza por entender ruinógenos todos aquellos defectos que, excediendo de las simples imperfecciones, hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia, aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales. La sentencia que anotamos reitera la jurisprudencia existente en este sentido desde las SSTs de 4 de abril de 1978 y 8 de junio de 1987 (vid. SS de 30 de enero, 29 de mayo y 17 de diciembre de 1997 y 21 de febrero y 4 de marzo de 1998).

Por otro lado, la presente sentencia también reitera la doctrina relativa a la responsabilidad solidaria de todos los obligados en virtud de este precepto cuando se cumplan unas determinadas condiciones, y la distribución de la carga de la prueba entre los propietarios y los profesionales intervinientes en la construcción. Al actor, dueño de la obra, le basta con probar la existencia de la ruina (se presume la culpa y el nexo causal), debiendo corresponder a los profesionales demandados la prueba de no haber participado en la causación de la ruina. Si fueren varios los demandados y responsables deberán responder parciariamente en proporción a su partici-

pación en la causación del daño, y si no le fuere posible determinar sus respectivas cuotas de participación, responderán solidariamente (Salvador Coderch, P., comentario del artículo 1591 CC, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993). Como en este caso no es posible la fijación de cuotas entre el promotor, el constructor y la dirección técnica de la obra, queda establecida la responsabilidad solidaria, de origen jurisprudencial, de todos ellos, a pesar de la no presunción de solidaridad que establece el artículo 1137 CC (SSTS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997 y 4 de marzo y 2 y 8 de junio de 1998). (A. G. C.)

24. Equiparación de los promotores a los contratistas de obras a los efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—Aunque el artículo 1591 CC no incluya expresamente al promotor entre los sujetos responsables, «la jurisprudencia de esta Sala equipara a los contratistas con los promotores en cuanto a la responsabilidad por ruina», que dará lugar a solidaridad en los casos establecidos por aquella misma jurisprudencia.

Relación entre las acciones derivadas de los artículos 1591.2 (responsabilidad decenal) y 1490 CC (saneamiento por vicios ocultos) y plazos establecidos para su ejercicio.—Los «defectos constructivos no ruinosos, atribuidos a los constructores y promotores que vendieron los pisos incumpliendo el deber de entregar el piso con la calidad pactada y en condiciones de servir al destino previsto, han de ser reparados y no le son aplicables las reglas de los vicios ocultos, sino las de faltar a las condiciones del contrato (art. 1591.II CC)». (STS de 21 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Togram, S. A.* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre compraventa contra don Miguel D. R., don Bartolomé D. R., don Antonio E. S. y contra *Construcciones Confort 3, S. A.* en la que se solicitaba se condenara a los demandados a realizar determinadas obras en un edificio de apartamentos que el demandante les había comprado, o a entregarle una determinada cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados, excepto a *Construcciones Confort, S. A.*, a quien se absolvió, a realizar las obras solicitadas para la reparación de los defectos, de proyecto y construcción, que el edificio presentaba.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó en parte la anterior y condenó también a *Construcciones Confort, S. A.* a realizar las obras de reparación que se solicitaban en la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial de la Sala en cuanto que equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de la responsabilidad por ruina (SS de 11 y 17 de octubre de 1974, y últimamente, 26 de junio y 3 de septiembre de 1997, entre otras muchas), constituyendo cuestión de hecho la determinación de cuándo concurra en una persona la condición de promotor inmobiliario, siendo indiferente para ello si ha participado en el proceso urbanizador y edificador o si la intervención se ha producido únicamente en el posterior proceso de

comercialización de lo edificado (SS de 30 de octubre de 1986, 12 de octubre de 1988 y 20 de febrero de 1989, entre otras). En el presente caso no hay duda de que tal condición concurre en los recurrentes puesto que la construcción se llevó a cabo en un solar de su propiedad, por su cuenta y provecho, nombrando los técnicos y comercializando posteriormente la edificación.

Cabe resaltar también, aunque se trate de *obiter dicta*, el pronunciamiento de la Sala en orden a establecer que, aun en el caso de que los defectos que presenta la edificación no fueren ruínógenos, habrían ocasionado un incumplimiento de la obligación contractual de entregar el piso con la calidad pactada y en condiciones de servir al destino previsto, lo que justificaría la acción de responsabilidad quincenal del artículo 1591.II CC. Este pronunciamiento tiene por finalidad enervar la alegación que realizan los recurrentes en el sentido de entender que se trata de defectos ruínógenos que al no constituir ruina deben serle aplicables las normas relativas a los vicios ocultos, y por tanto, el plazo de ejercicio establecido en el artículo 1490 CC, ampliamente superado en el presente caso y es coherente con la doctrina jurisprudencial predominante en el sentido de entender aplicables preferentemente los regímenes jurídicos que establecen el artículo 1591 CC y los correspondientes al incumplimiento contractual frente al que establecen los artículos 1484 y ss. CC, lo que, a nuestro entender, no debe impedir la aplicación de estos últimos cuando se cumplan las condiciones que exigen, debiendo tener el demandante un derecho de opción en este sentido. (A. G. C.)

25. Responsabilidad decenal. Responsabilidad solidaria de todos los profesionales intervinientes y equiparación del promotor al contratista de obras.—En relación con la responsabilidad por defectos constitutivos de ruina en la edificación, la doctrina jurisprudencial tiene establecido «que la acción fundada en el artículo 1591 CC, permite condenar solidariamente a todos los demandados que con su conducta han contribuido a los defectos funcionales o ruina del edificio y a los cuales no se les determine y cuantifique el grado de contribución al daño» (S de 24 de septiembre de 1994) y que «...En una función integradora del artículo 1591 CC, la jurisprudencia ha venido a incluir entre las personas intervinientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en el citado precepto se regula al constructor—promotor, que reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio» (S de 28 de enero de 1994).

Relación entre la acción por vicios ruínógenos del artículo 1591 CC y la acción por vicios ocultos.—Cuando los defectos que presenta la edificación se integran en el concepto de ruina no puede entenderse caducada la acción conforme al artículo 1490 CC, aplicable a los casos de vicios ocultos, sino que el plazo para su ejercicio será el de diez años que establece el artículo 1591 del mismo Cuerpo legal. (STS de 20 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan, doña Cristina, don Salvador y don Augusto G. T. y doña Elvira T. P. interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Asesoramientos y Servicios Inmobiliarios, S. A. (Aservisa)*, don Bernardo de T. H. y contra *Ferrovial, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a realizar solidariamente una serie de obras de reparación en los apartamentos propiedad de los demandantes en un plazo señalado, apercibiéndoles de que en caso contrario, se mandaría hacer a su costa, y les condenó también a abonar una determinada cantidad por el deterioro sufrido por el mobiliario de los apartamentos.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga la revocó parcialmente en el sentido de imponer a los demandados el ochenta por ciento (80%) de las costas de la primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa reitera la constante doctrina de la Sala que tiene establecida, lo que constituye una creación jurisprudencial, la responsabilidad solidaria de todos los obligados en virtud del artículo 1591 CC, siempre que se cumplan unas determinadas condiciones. Estas condiciones determinan que el perjudicado debe probar la existencia de la ruina (la culpa y el nexo causal se presume en aquél precepto), debiendo probar los profesionales demandados para poder exonerarse que no han participado en la causación del daño derivado de la ruina. Si fueren varios los demandados responderán parciariamente en proporción a la participación de cada uno en la causación del daño, y si no le fuere posible determinar sus respectivas cuotas de participación, responderán solidariamente (vid., además de las citadas por esta sentencia, las SS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997 y 4 de marzo, 2 y 8 de junio y 19 de octubre de 1998). En consecuencia, la solidaridad ampara la posibilidad de ejercitar la acción contra cualquiera de los agentes que intervinieron en la ejecución de la obra y excluye el litisconsorcio pasivo necesario, lo que en la presente sentencia se materializa en la admisión de que la demanda se dirigiera contra uno de los arquitectos participantes y no contra los demás.

Es igualmente de resaltar la reiteración de la doctrina jurisprudencial en orden a la equiparación entre la moderna figura del promotor, impensable en el tiempo en que se aprobó el Código Civil, y la del contratista a los efectos de aplicación del artículo 1591 CC, recogiendo, en este sentido, la doctrina de la STS de 28 de enero de 1994 (vid., además de las citadas por ésta, las SS de 11 y 17 de octubre de 1974, 26 de junio y 3 de septiembre de 1997 y 21 de octubre de 1998), y ello aunque, como parece ocurre en el presente caso, la intervención del promotor lo haya sido con posterioridad a la ejecución de la obra. Aun en este caso, le sería reprochable una falta de diligencia en la elección de los profesionales intervinientes y en la vigilancia de la ejecución de la obra (en el mismo sentido, S de 29 de junio de 1987).

Por último, parece seguir la presente sentencia la línea jurisprudencial favorable a entender que los defectos que dan lugar a la ruina de la edificación quedan sujetos a la responsabilidad que establece el artículo 1591 CC y los preceptos relativos al incumplimiento de obligaciones y no a los artículos 1484 y ss. CC, en cuanto que cabe establecer una relación de especialidad de los primeros frente a estos últimos, todo lo cual, a nuestro parecer, no debe impedir el ejercicio, cuando sea procedente, de la acción por vicios ocultos, sobre todo teniendo en cuenta la remisión expresa del artículo 1553 CC. (A. G. C.)

26. Contrato de obra con ajuste alzado y aumento de la obra. Interpretación del artículo 1593 CC.—La doctrina jurisprudencial tiene declarada reiteradamente que en las situaciones en las que las obras ajustadas se agregan otras no contempladas en el contrato o en los presupuestos, pero que han sido efectivamente realizadas, el aumento de obra autoriza a incrementar el precio pactado cuando las añadidas han sido autorizadas por el propietario. En consecuencia, no puede entenderse infringido el artículo 1593 CC «cuando opera revisión de precios de los contratos de ejecución de obras y ha de ser estimado lícito por resultar de la unión de voluntad de las partes, sin que sea impedimento para su validez y vinculación al haber mediado contrato de obra a precio alzado, que puede modificarse en su ejecución por introducirse obras nuevas, debidamente autorizadas por el propietario, ya que el precepto que se aporta como infringido no es imperativo ni contiene normas de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad de las partes».

En este sentido, «es cuestión de hecho, de la libre determinación por los juzgadores de instancia, si el problema de las obras que justifican el aumento del precio han sido o no autorizadas».

Otras obras realizadas por el sistema de administración.—El artículo 1544 CC no exige que el precio de la obra haya sido determinado, sino que conforme al mismo «son válidas las denominadas actividades constructivas por el sistema de administración, en las que el precio se fija posteriormente en relación a los trabajos realizados y materiales empleados, como también resulta precio cierto cuando se precisa por tasación judicial» (STS de 31 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Incode, S. A.* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Aurelio T. T. y la mercantil *Minansa, S. A.* sobre reclamación del precio de las obras que había realizado y que se habían ejecutado en dos fases, una, con precio alzado, y la otra, mediante el sistema de administración. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una cantidad un poco menor de la solicitada.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Córdoba la revocó parcialmente y condenó a los demandados a abonar solidariamente una cantidad que sería la resultante de restar a la que concedió el Juzgado la que se fijara en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—Como en la presente sentencia se indica, cabe distinguir en la misma dos partes claramente diferenciadas, que dan lugar a sendas cuestiones jurídicas, relativas a la ejecución de un contrato de obra. Por un lado, se trata de unas obras cuyo precio ha sido acordado mediante el sistema de ajuste alzado, al que expresamente se refiere el artículo 1593 CC para decir que, en tal caso, el arquitecto o contratista (en realidad, cualquiera de los profesionales que realizaron el ajuste alzado, incluido el promotor) «no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales». Sin embargo, ello no impide que ambos contratantes puedan acordar un aumento de la obra inicialmente acordada, lo que conllevará una modificación objetiva del contrato, perfectamente válida conforme a la autonomía privada y que expresamente admite el artículo 1593 *in fine* CC (vid. SSTs de 24 de mayo de 1994, 18 de abril de 1995 y 28 de marzo de 1996, citadas por la presente). Tal es lo que ocurre en el caso tratado en esta sentencia, muy habitual en la práctica, donde los Tribunales apreciaron la existencia de un aumento de la obra consentido tácitamente por el propietario, lo que faculta al contratista para exigir el mayor precio que se deriva del aumento.

La segunda parte que merece ser resaltada viene referida a un contrato verbal que se celebró para la ejecución de determinadas obras por el llamado sistema de administración, en el que el precio no es determinado inicialmente sino que es determinable en un momento posterior y conforme a los trabajos ejecutados y los materiales empleados, todo lo cual no impide la validez del contrato en cuanto el precio del mismo es un precio cierto (STS de 20 de julio de 1995, también citada). (A. G. C.)

27. Servicios profesionales prestados por un abogado. Calificación como contrato de arrendamiento de servicios.—El ejercicio de la profesión de Abogado es definido por el artículo 8 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2092/1982, de 24 de julio, como una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídica, protección de forma exclusiva y excluyente de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica (art. 9 del Estatuto General de la Abogacía).

El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 CC, como contrato, en virtud del cual, una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. El objeto del contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de los Abogados (SSTs de 6 de octubre de 1989; 24 de junio de 1991; 23 de octubre de 1992; 23 de octubre y 17 de diciembre de 1995; 15 de noviembre de 1996; 12 de mayo de 1997; 25 de marzo y 30 de mayo de 1998).

Debido a la parquedad del contenido de los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados, se regula por lo pactado por las partes, y por el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 2092/1982, de 24 de julio. La obligación del Letrado es, por lo general, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, una obligación de medios, esto es, se obliga a desarrollar una determinada conducta diligente, encaminada a

conseguir un resultado, «a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas» (FD 3.º SSTs de 3 de octubre de 1998).

Contenido de la relación contractual. Diligencia exigible.—Son obligaciones del abogado para con su cliente, además de las que se deriven de lo pactado, la del cumplimiento con el mismo celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto, realizando diligentemente las actividades que le impongan la defensa del asunto (art. 53 del Estatuto General de la Abogacía). Aunque es reiterada la jurisprudencia del TS según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el número 5 del artículo 1692 LEC los preceptos reglamentarios, también es constante admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios, al que se asimila la relación de un Abogado con su cliente.

Los abogados, en el ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada (art. 102 del Estatuto General de la Abogacía). El artículo 1101 CC impone al abogado actuar diligentemente, diligencia que ha de ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de baremo y estricta medida de su actuación. La defensa esgrimida por el Letrado frente a las acusaciones de negligencia profesional reside en alegar que él intentó cobrar de la empresa todo lo debido, pero al encontrarse ésta en situación de suspensión de pagos, la culpa era de los interventores, por no haber incluido correctamente a los trabajadores en la relación de acreedores. Pero estas alegaciones no son suficientes teniendo en cuenta que lo correcto, conforme a la *lex artis* aplicable al supuesto, hubiese sido obtener del Fondo de Garantía Salarial aquello a lo que por ley tenían derecho los trabajadores, subrogándose dicho Fondo en el expediente de suspensión de pagos.

Carga de la prueba.—Hay una clara imputación objetiva, cuando el abogado causó con su actuación un daño a los actores, al presentar la reclamación fuera de plazo. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor. El abogado «no ha probado en absoluto que hubiera causa que le haya impedido actuar frente al Fondo de Garantía Salarial hasta el año 1987 ...por esa ausencia total de prueba se revela como desidiosa esa conducta» (FJ 3.º, STS de 3 de octubre de 1998).

Quantum indemnizatorio.—La indemnización de los daños y perjuicios significa el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y que por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre el menoscabo y su reparación. Para la fijación del *quantum* indemnizatorio, no podemos partir de aquella cantidad que los trabajadores pudieron cobrar en la suspensión de pago, sino de la cantidad que tenían derecho a reclamar al Fondo de Garantía Salarial, con la limitación específica de la cifra pedida en el suplico subsidiario de la demanda. (STS de 3 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un grupo de trabajadores de la empresa *Piñas, S. A.*, contrató los servicios profesionales del abogado don Ángel L. M. para que llevara a cabo las actuaciones necesarias a fin de cobrar las cantidades a las que, en concepto de salarios debidos, salarios de tramitación e indemnizaciones por despidos nulos, había ya sido condenada la citada empresa, como ya habían hecho con éxito otros compañeros. Concurriendo en 1984, todas las condiciones legales necesarias para solicitar dichas cantidades del Fondo de Garantía Salarial, el letrado no procedió a plantear dicha reclamación sino hasta 1987, fecha en la que el organismo entendió prescrita la reclamación, cuyo plazo, aunque cuestionado su carácter prescriptivo hasta la Ley 32/1984, de 2 de agosto, era de un año. Demandado en Primera Instancia don Ángel, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por reclamación de daños y perjuicios, pronunciándose en igual sentido la Audiencia Provincial. La representación legal de los demandantes interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 1101 CC.

NOTA.—La prestación de servicios profesionales de los abogados, con independencia de aquellos supuestos en los que se encuentran en una relación funcional o estatutaria con respecto a la Administración, puede discurrir jurídicamente a través de varias vías. Pueden destacarse dos grandes grupos: los realizados por cuenta y bajo la dependencia de un empresario, e inserto en el ámbito de organización de éste (SSTS 12 de marzo de 1981, 6 de junio de 1983, 23 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1989, entre otras); los prestados a una clientela, en régimen de autoorganización profesional. En el primero de los casos nos encontramos ante un contrato de trabajo, y en el segundo, ante una relación de Derecho civil, normalmente arrendamiento de servicios. El abogado no puede ser responsable del acto de un tercero (el órgano judicial, por ejemplo), que puede estar o no de acuerdo con los argumentos que haya formulado en defensa de los intereses encomendados. Como contrato de arrendamiento de servicios, salvo que haya sido contratado para una obra concreta, su obligación se configura como una obligación de medios.

Aunque en el supuesto se haya producido una inversión de la carga de la prueba, la STS de 24 de mayo de 1990, con cita de la de 16 de octubre de 1989, declaró que en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis*, no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba (sobre responsabilidad civil de los abogados y fijación del *quantum*, vid. Al respecto R. Bercovitz Rodríguez-Cano: «Responsabilidad Civil de abogados y procuradores», AC 1997-III, 20 y ss.; A. Albanes Membrillo: «Responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera de 28 de enero de 1998», *AJ Aranzadi*, núm. 331, p. 2. (R. D. O.)

28. Contrato de arrendamiento de servicios. Naturaleza jurídica y régimen.—El contrato de arrendamiento de servicios es definido en el artículo 1544 CC conjuntamente con el de obra, a los que llama de arrendamiento, como el contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto (sobre la delimitación de ambos tipos contractua-

les, vid. Solé Resina, J: *Los contratos de servicios y ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997). Su paupérrima regulación sólo contempla los supuestos de los servicios prestados por los criados y trabajadores asalariados. En los demás supuestos, su regulación es concretada por la voluntad de las partes contratantes, y en defecto de pacto, por las normas contenidas en los artículos 1544 y 1583 y ss. CC (SSTS de 7 de febrero de 1995; 12 de mayo de 1997). En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, cuyo resultado no está en manos del que realiza el servicio. Es usual, en la celebración de este contrato, la contemplación de las cualidades del sujeto que va a llevar a cabo la prestación. De ahí la importancia que revisten en estos contratos los deberes de fidelidad y secreto (SSTS 6 de octubre de 1989 y 25 de marzo de 1998, en relación a los servicios profesionales prestados por abogados) Se puede servir de auxiliares o colaboradores, pero bajo su dirección y responsabilidad. Es la figura contractual típica de los contratos celebrados con un profesional liberal, abogados y arquitectos (con respecto a estos últimos, SSTS de 10 de febrero de 1987; 29 de mayo de 1987; 25 de mayo de 1988, que configuran el contrato con un arquitecto, como contrato de arrendamiento de obra). El objeto de este contrato es la prestación de servicios, y éstos pueden ser tanto manuales como intelectuales.

Duración del contrato. Inaplicación del artículo 1581 CC.—La falta de señalamiento por las partes de un plazo concreto de duración del contrato, permite su calificación, en principio, como contrato de duración indefinida. Pero ello no significa que a un contrato de arrendamiento de servicios se le aplique, por vía analógica, el artículo 1581 CC, previsto para los arrendamientos urbanos, y en virtud del cual, a falta de plazo fijado, «se entiende hecho por años, cuando es un arrendamiento anual; por meses cuando es mensual; y por días cuando es diario. Al ser un contrato en el que la nota de confianza es esencial, su duración estará en dependencia con el mantenimiento de la misma entre las partes, y por la singularidad y el destino de la disposición legal, no cabe dicha extrapolación» (FJ 2.º, STS de 28 de octubre de 1998; y STS de 12 de mayo de 1997).

Resolución unilateral del contrato. Carácter *intuitu personae*.—El contrato de arrendamiento de servicios, como negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, se encuadra en el grupo de los contratos en que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae* (SSTS de 20 de marzo de 1992; 11 de mayo de 1993; 7 de febrero de 1995; 9 de febrero de 1996). Cuando sea así podrá «resolverse por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, de igual modo que el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos» (SSTS de 7 de febrero de 1995; 12 de mayo de 1997). La obligación de indemnizar podrá surgir si se produce en contra de lo pactado, cuando en el propio pacto se prevea dicha indemnización por el cese, o cuando se aproveche del trabajo prestado por la otra parte, con el fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injustificado (STS de 30 de marzo de 1992). (STS de 28 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *IM, S. A.*, y *ME, S. A.*, tenían suscrito un contrato de arrendamiento de servicios, sin plazo de duración. Transcurrido cierto tiempo, la entidad *ME, S. A.*, notificó por escrito a *IM, S. A.*, su voluntad de desistir unilateralmente del contrato. Dicha notificación tuvo lugar con un mes de antelación a la fecha fijada por *ME, S. A.* como fecha de extinción. La entidad

IM, S. A. demandó en primera instancia a *ME, S. A.*, solicitando que se le condenara a satisfacer la suma de 8.430.189 ptas., en concepto de lucro cesante y de contraprestación adeudada por servicios facilitados. Estimada parcialmente la demanda, *ME, S. A.* es condenada al pago de 113.011 pesetas, más intereses legales. Recurrida en apelación por la parte demandante, la Audiencia condenó a la demandada a la suma de 1.319.098 pesetas, como contraprestación de los servicios prestados. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial por *IM, S. A.*, por infracción del artículo 1581 CC, en relación con la doctrina de la Sala de 2 de julio de 1962.

NOTA.—La sentencia que anotamos, además de volver a insistir en el carácter *intuitu personae* de los contratos de arrendamientos de servicios, reitera doctrina del TS (S de 12 de mayo de 1997), acerca de la inaplicación del artículo 1581 CC, referido a los contratos de arrendamientos urbanos sin plazo de duración fijado. Al caracterizar el TS el contrato de arrendamiento de servicios como un contrato en el que la confianza que cada parte tiene en la otra es fundamental, desaparecida ésta, es lógico que la parte que la ha perdido con respecto a la otra parte, no quiera permanecer vinculada contractualmente (vid. art. 1732.1 CC, sobre revocación del mandato). Sin embargo, en los hechos relatados en la sentencia no se hace mención a esa relación de confianza existente entre ambas entidades mercantiles. Sólo se precisa que la parte que ejerció la resolución unilateral lo notificó a la otra parte con un mes de antelación a la fecha que ella misma había fijado como fecha de extinción. No le reconoce a la parte demandante ningún tipo de indemnización por lucro cesante, sino únicamente el pago de la cantidad debida por los servicios realizados. (*R. D. O.*)

29. **Depósito voluntario y depósito judicial.**—La facultad que le reconoce el Código Civil al acreedor para la designación de depositario no da como resultado la conversión del depósito judicial en voluntario (secuestro convencional). Mantendrá su propia naturaleza, regulado en los artículos 1785 a 1789. Esta especial regulación, sin embargo, no es obstáculo para su retribución en supuestos concretos: bien que así lo establezca la ley, bien que se haya pactado entre depositario y acreedor que lo designa, o bien cuando así lo reclame el depositario en el momento de su constitución.

Facultad de designación de depositario del acreedor en depósito judicial.—La expresión «bajo su responsabilidad» se refiere a la que el acreedor asume frente al órgano judicial y frente al deudor ejecutado «por la pérdida o desperfectos que sufran las cosas depositadas sin culpa del deudor». Sin embargo, esta responsabilidad no engloba la que pudiese surgir frente al depositario por razón de los daños o perjuicios derivados de la cosa depositada. La indemnización impuesta al depositante frente al depositario, recogida en el artículo 1779, según la doctrina científica, se limita a los perjuicios directos que el depósito ocasione al depositario, sin incluir las expectativas que tuviese el depositario de no haber existido dicho depósito. (STS de 27 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Antonio S. G. demanda al Banco C. H. una cantidad de pesetas determinada en concepto de retribución e indemnización de daños y perjuicios por razón de haber sido desig-

nado como depositario de vehículos embargados en juicio ejecutivo a instancias del demandado Banco, causándole perjuicios el tener ocupada parte de la nave en la que ejerce su actividad. Se desestima la demanda en primera instancia, aunque la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto. Se presenta ante el TS recurso de casación.

NOTA.—Es necesario observar la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la diligencia del depositario judicial. Se faculta al acreedor, según el artículo 1454 LEC para designar bajo su responsabilidad depositario de los bienes embargados, «pero este precepto no impide ni justifica que el depositario nombrado no cumpla debidamente con su cargo» (S de 28 de julio de 1994.) La designación de depositario la ejercita el acreedor bajo su responsabilidad, que para Miguel Ángel Fernández (*Derecho Procesal Civil III*, ed. Ramón Areces, Madrid, p. 257), significa que si designó depositario, el acreedor es responsable de los desperfectos y de la pérdida de las cosas depositadas ante el deudor ejecutado. El depositario estará obligado a guardar la cosa depositada con la diligencia de un buen padre de familia, teniendo derecho a que se le abonen los gastos originados por la conservación de la cosa. (P. S. S.)

30. Renuncia al arbitraje.—El artículo 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, afirma que se entenderá que se renuncia al arbitraje pactado cuando interpuesta la demanda, el demandado realiza cualquier actividad procesal distinta a la proposición de la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533.8.ª LEC). Por tanto, cuando el demandado contesta a la demanda, alega la excepción de inadecuación de procedimiento o se opone al fondo de la cuestión litigiosa, hay que entender, conforme al citado artículo 11.2, que está renunciado al arbitraje. (STS de 27 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En los estatutos de la entidad *Serafín Linares, Electromontajes, S. L.*, se dispone que todas las cuestiones entre la sociedad y los socios o entre éstos como tales, se resolverán mediante arbitraje de equidad.

La citada entidad interpone demanda contra don J.I.S.O. (socio y apoderado de la entidad demandante), suplicando se condene al demandado a pagar determinada cantidad de dinero. El demandado, don J.I.S.O., contesta a la demanda, oponiéndose al fondo de la cuestión y alegando las excepciones de sumisión a arbitraje e inadecuación de procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de sumisión a arbitraje y no entra a conocer del fondo de la cuestión litigiosa. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación y acuerda que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia, en la que resuelva, conforme a Derecho, el fondo de la cuestión sometida a debate. (M. J. P. G.)

31. Responsabilidad civil derivada de delito: efecto de las resoluciones penales en el orden civil: doctrina general.—Ha de rechazarse el argumento de que las resoluciones de la jurisdicción penal no producen

excepción de cosa juzgada en la órbita de la jurisdicción civil, lo que exige puntualizar si se trata de sentencias absolutorias o condenatorias. Respecto a las primeras no existe otra vinculación para el Juez civil que la declaración de no haber existido el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer (art. 116, párr. 1.º LEC), y fuera de este supuesto cabe plantear la demanda, cuya respuesta judicial mediante sentencia debe fijar el *factum* en relación al material probatorio obrante en el pleito, por responder la acción de responsabilidad *ex delicto* a un principio de culpa. La inexistencia de conducta punible no excluye necesariamente la realidad de un ilícito civil siempre que resulte demostrado (SSTS de 30 de diciembre de 1981, 8 de diciembre de 1988, 15 de octubre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 10 de diciembre de 1992). En cuanto a las sentencias penales condenatorias, la doctrina reiterada de la Sala 1.ª declara que no efectuándose expresa reserva de las acciones civiles (art. 112 LECr), y habiendo sido parte los recurrentes en el proceso penal, ejercitando la acusación particular, las sentencias penales firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaren probados, sino también respecto a las decisiones en materia de responsabilidades civiles derivadas del delito o falta, con efectos consuntivos de las acciones civiles correspondientes, pues dichas acciones quedan agotadas o consumadas, lo que impide volver a promover juicio civil sobre los mismos hechos, como consecuencia de instaurar la sentencia penal condenatoria la excepción de cosa juzgada (SSTS de 4 de noviembre de 1991, 12 de julio de 1993 —que cita la abundante jurisprudencia anterior— y 11 de mayo de 1995). No corresponde a los Tribunales civiles suplir las deficiencias que hayan podido cometerse en los procesos penales.

Accidente mortal en la construcción: ejercicio simultáneo de las acciones civiles contra diversos responsables: firmeza ulterior de la sentencia penal: acción civil independiente contra la aseguradora: cosa juzgada: identidad de personas: litispendencia.—Como dice la STS de 11 mayo 1995, resultaría una situación ilógico-jurídica y no acomodada a la legalidad, que pudieran los perjudicados a su arbitrio o capricho, fragmentar y dividir las indemnizaciones civiles, persiguiendo parte en vía penal y el resto en la civil, cuando el acto ilícito generador es el mismo, y no convergen modificaciones posteriores que autoricen a conceder mayor indemnización; lo que también es de aplicar cuando al plantear la reclamación civil no se había resuelto todavía la apelación contra la sentencia del Juez penal; resultando aun más inadecuado que antes de dictarse la segunda sentencia penal firme, los recurrentes funden sus pretensiones en una primera sentencia, anulada luego por la Audiencia Provincial. La identidad de personas a efectos de la cosa juzgada se produce cuando se dan vínculos de solidaridad jurídica. En igual supuesto carece de sentido la excepción de litispendencia. (STS de 24 octubre 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Extraño comportamiento procesal en una reclamación civil por daños ocasionados en accidente mortal de trabajo; en el proceso penal no hubo reserva de acciones; la reclamación ante la jurisdicción civil se interpone después de la sentencia penal en primera instancia en la que se condena al contratista, y la acción se dirige contra la aseguradora y los demás imputados absueltos, reclamándose mayor indemnización; la apelación penal se resuelve en momento ulterior. La doctrina aquí sentada está de acuerdo con

la generalmente mantenida por la Sala 1.^a (v. Rivero en Lacruz *et alii*, *Elementos*, II-2, 1999, p. 463 s.). (G. G. C.)

32. Efectos reflejos en un proceso civil de una sentencia penal firme: lesiones sufridas por colegial en visita organizada por Centro educativo.—La omisión de la posible responsabilidad del Centro educativo en la sentencia penal condenatoria, no puede determinar ni excluir la responsabilidad civil del mismo, sino que hay que calibrar los efectos reflejos de una sentencia penal en un determinado proceso civil.

Carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad del empresario: visita al Zoo organizado por Centro educativo con un grupo de niños.—La línea jurisprudencial es de decidido rigor en relación a la responsabilidad del empresario, entendido en sentido amplio, de manera que se puede hablar de una responsabilidad cuasi-objetiva (así como emblemáticas, las SS de 4 de diciembre de 1984, 4 de febrero de 1986 y 21 de septiembre de 1987). En el presente caso, son datos inexcusables: *a*) Que el niño atacado por el león tenía cuatro años y medio; *b*) Que en estas visitas hay que desarrollar un *plus* de atención y cuidado; *c*) Que lo anterior se acrecienta cuando la visita al Zoo se organiza con un grupo de niños de un Colegio, del cual eran alumnos, bajo la vigilancia de profesores y cuidadores; y *d*) Que el niño lesionado estuvo totalmente descontrolado por parte de los profesores cuando ocurrió el accidente.

Responsabilidad del Colegio: culpa in vigilando e in eligendo.—La responsabilidad extracontractual del Colegio es clara pues, aparte de que con arreglo a la inversión de la carga de la prueba, la entidad acusada de culpabilidad, no ha logrado demostrar la existencia de una diligencia por su parte para evitar el accidente, de los datos fácticos se infiere nítidamente una falta en el control y vigilancia del menor, que fue una de las causas productoras del accidente, sin perjuicio de la responsabilidad de la dirección del Parque Zoológico, ya delimitada penalmente; el Centro docente debe responder por la actuación de los profesores en base a la culpa *in eligendo*.

Cuantía indemnizatoria.—Hay que tener en cuenta las secuelas que pueden afectar al menor durante toda su vida, su dificultad en la integración social y laboral por la deformidad que le ocasionan, así como su repercusión desde el punto de vista psicológico, pareciendo lógica y aceptable la suma de diez millones de pesetas. (STS de 31 de octubre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias se desestimó la demanda al aplicar la cosa juzgada penal. La doctrina, sin embargo, admite otras reclamaciones civiles, —por ej. contra el empresario—, respecto de personas contra las que no se dirigió la acción penal (así Rivero en Lacruz *et alii*, II-2.^o, Madrid 1999, p. 464; también Pantaleón, *Comentario Ministerio de Justicia*, p. 1977). Hay, sin embargo, una duda que no resuelve la lectura de esta sentencia ¿Hubo condena a indemnización civil en la anterior sentencia penal contra los responsables del Zoo?, y si la hubo ¿no debería haberse computado para fijar ahora otra indemnización? (G. G. C.)

33. Muerte en atropello: sentencia penal condenatoria y firme: indemnización civil abonada a familiares por aseguradora: cosa juzgada penal: no procede en vía civil la repetición de las indemnizaciones por aseguradora.—Se dan los requisitos de la cosa juzgada penal con eficacia

civil pues concurre especialmente la identidad de personas. Una aseguradora no podrá ejercitar el derecho de repetición que contempla el artículo 7.º del RD Legislativo de 28 de junio de 1996, reclamando a los familiares perjudicados por un accidente de trabajo, que le devuelvan la indemnización que les hizo efectiva en cumplimiento de sentencia penal firme condenatoria, pues en virtud de la cosa juzgada la jurisdicción civil no puede revisar, ni menos modificar, los razonamientos y subsiguiente pronunciamiento condenatorio de aquélla. (STS de 31 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto envolvía alguna singularidad: el propietario del vehículo que iba de acompañante, perece en accidente de circulación, resultando condenado penalmente el conductor; la sentencia penal condena a la aseguradora a abonar las indemnizaciones correspondientes a los familiares del fallecido, que había suscrito, además del obligatorio, otro seguro voluntario. Después de haber abonado las indemnizaciones, la aseguradora pretende la repetición por entender que no estaba obligada a indemnizar. La solución parece correcta porque la aseguradora tenía que haber alegado y discutido en el proceso penal la procedencia o improcedencia de su deber de indemnizar conforme a las pólizas suscritas. Por otra parte, la sentencia reitera la doctrina general contenida en S de 24 de octubre de 1998. (G. G. C.)

34. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: compatibilidad de la responsabilidad civil con la laboral: estado de la doctrina jurisprudencial.—Esta cuestión se ha resuelto a favor del orden jurisdiccional social en SS de 10 de febrero de 1998 y 24 de diciembre de 1997, entendiendo que tales acciones se fundamentan en infracciones del contrato laboral y por ello reclamaban indemnización. Pero numerosísimas sentencias discrepan de este criterio (entre las que pueden señalarse las de 23 de mayo de 1978, 29 de diciembre de 1980, 14 de abril y 10 de julio de 1981, 6 de mayo, 6 de junio y 5 de julio de 1983, 1 de abril de 1984, 28 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1987, 10 de marzo de 1988, 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 4 de junio de 1993, 19 de diciembre de 1996, 21 de marzo y 19 de mayo de 1997, y 19 de febrero de 1998), en las que se admite la compatibilidad de las acciones siempre que ante el orden civil se demande con apoyo en fundamentos jurídicos propios de dicho orden.

Requisitos de la reclamación civil.—Será competencia de la jurisdicción ordinaria cuando se alegue una falta de diligencia que sobrepasa el contenido del contrato de trabajo, se invoque una norma civil y los daños causados no hayan sido objeto de compensación plena por cualquier otro orden jurisdiccional. La responsabilidad laboral, regida por normas propias que se desgajaron del tronco del orden civil, protegen a los accidentados por el cauce de la Seguridad Social, y a través de acciones fundadas en accidente de trabajo que genera las indemnizaciones cuantificadas por la ley, con eventuales incrementos en supuestos de infracción de normas de seguridad e higiene, pero para que no sean compatibles con la acción civil subsiguiente, es preciso que en aquélla se haya agotado por reparación suficiente el derecho a demandar. El tratamiento civil deberá cuidadosamente analizar la concurrencia de los elementos para la aplicación del artículo 1902 CC, y, señaladamente, que siendo acción complementaria, no siempre serán aplicables, ni la teoría de la creación de riesgos ni la inversión de la carga de la prueba, como

tampoco tendrá acogida la negligencia profesional, y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso. En el presente caso se tiene en cuenta el carácter ajeno al contenido del contrato laboral, y que esta posible falta de diligencia sobrepasa el contenido del contrato de trabajo y se invoca el artículo 1902 CC, por lo cual, teniendo en cuenta la STS de 13 octubre 1998 y la muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, procede casar la sentencia y devolver las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia por conducto de la Audiencia Provincial para que conozca del asunto y sus incidencias. (STS de 18 de noviembre de 1998; ha lugar.). (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual. Accidente laboral: competencia de la jurisdicción civil.—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.º 2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina reiterada de esta Sala, por todas en STS de 21 de marzo de 1997. (STS de 13 de octubre de 1997; ha lugar.) (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: legitimación del perjudicado.—Es reiterada y constante la doctrina jurisprudencial según la cual la condición de perjudicado, bien sea por hechos delictivos como cuasi-delictivos, no necesariamente coincide con la de heredero, y, sobre todo, la muerte de un ser querido no incorpora a su *as* hereditario ningún derecho de contenido patrimonial nacido de su propia muerte; los padres del interfecto, que con él convivían, son evidentemente perjudicados por el luctuoso suceso, ya que la propia muerte y la convivencia son elementos suficientes, que, unidos al parentesco filial, permiten afirmar que son demostración suficiente de la existencia de perjuicios económicos y morales.

Incompetencia de jurisdicción.—La falta de jurisdicción se aprecia de oficio, siendo posible plantearla en casación por el núm. 1.º del artículo 1692 LEC; en el caso de autos, entre el difunto y la recurrente no medía vínculo contractual de ningún género por haber sido subcontratada la empresa en que aquél trabajaba; su muerte mientras trabajaba permite a los perjudicados acudir a los Tribunales invocando su condición de tales y demostrando los requisitos de aplicación del artículo 1902 CC, y es reiterada y constante la jurisprudencia de esta Sala que entiende ser compatibles las responsabilidades derivadas del contrato de trabajo y las derivadas del 1902 CC, siendo expresión de este criterio las SSTS de 13 de octubre y 18 de noviembre de 1998.

Requisitos de la responsabilidad.—La sentencia de instancia declara probados la existencia de nexo causal entre el pésimo estado de la instalación eléctrica y las humedades de las paredes y suelo del local donde precisó utilizar la lámpara, y la muerte del infortunado, no apreciándose negligencia alguna en el fallecido. (STS de 24 de noviembre de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

37. Accidente de trabajo: incompetencia de jurisdicción: incumplimiento de contrato de trabajo con infracción de medidas de seguridad: no ejercicio de acción de culpa extracontractual.—La base de la pretensión de la parte recurrente está constituida por una relación derivada exclusivamente de un contrato laboral, sin atenerse a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y, por lo tanto, está sujeto a la jurisdicción social que debe determinar las consecuencias de aquél, con inclusión de las procedentes reclamaciones por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. En ningún caso podrán entrar en juego las normas de la culpa y responsabilidad contractual del artículo 1101 CC que se refiere única y exclusivamente a las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil. Todo lo cual se basa en el artículo 25.1 LOPJ aplicable cuando los servicios se han prestado en España o el contrato laboral se ha celebrado en territorio español. Las sentencias de esta Sala alegadas por el recurrente no tienen nada que ver con la presente cuestión que tiene por objeto única y exclusivamente la acción derivada de un contrato laboral. Por último, hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada emanada de las resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia del TS (AA de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994), cuando determina que el contenido del contrato de trabajo así como las reclamaciones derivadas del mismo están comprendidas dentro de la rama social del Derecho y se deben atribuir a los Jueces de lo Social. (STS de 24 de octubre de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

38. Muerte en accidente laboral: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—En la sentencia de la Audiencia Provincial se estima parcialmente la demanda por apreciar tanto culpa de la víctima como de la Administración y de la empresa contratista de la obra pública; esta última, por no haber adoptado las precauciones legales contenidas en una Ordenanza Laboral, y que la Administración era responsable por haber abierto al tráfico la autovía que se construía antes de la entrega de la obra; a su vez, la víctima mortal era culpable por haber aparcado el camión que conducía en un arcén, a las diez de la noche, haber querido atravesar la autovía para alcanzar la marcha contraria a la que llevaba su vehículo, lo que determinó que saltara vallas y pretilos que señalan impedimento para cualquier acción, ya que existía un hueco en la mediana sin luz alguna, protegido con aquellas medidas. Así las cosas, es claro que el desgraciado accidente se produjo sólo y exclusivamente en el marco de la ejecución de una obra pública, no siendo el contratista una persona ajena al actuar administrativo, en cuyo caso la jurisdicción civil sería la competente, como esta Sala reiteradísimo ha establecido cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a un tercero, por lo que procede la estimación del motivo, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994. (STS de 30 de octubre de 1998; ha lugar.) (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: responsabilidad de la empresa contratista: diligencia específica.—La condena de la empresa contratista se basa, como más importante, en que con anterioridad a los hechos enjuiciados ya se había producido en la misma empresa un accidente similar, al utilizar un andamio de la misma casa, lo que debió llevarla a investigar la causa o a no utilizar tales andamios, de modo que el accidente no era imprevisible, sino, con utilización de las cautelas necesarias, era evitable; es exigible en estos casos una diligencia específica más alta que la admi-

nistrativamente reglada, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en la que se actúa, que no permitían hacer caso omiso del indicado antecedente, dados los intereses en juego y la experiencia de la empresa interviniente; el resultado dañoso para el recurrente era previsible y evitable, habiendo enlace preciso y directo o nexo causal entre culpa y daño, presentándose aquélla como causa adecuada y eficiente, explicativa del cómo y el porqué se produjo el segundo, debiendo advertirse que unos mismos hechos pueden valorarse de modo diferente por los distintos órdenes jurisdiccionales, e igual ocurre con los informes de la Inspección de Trabajo, aunque se les atribuya la cualidad de informe pericial.

Exoneración de la empresa subcontratista: caso fortuito.—Acreditada la buena instalación del andamio y el desconocimiento por la subcontratista del accidente anterior, el reproche culpabilístico tendría que centrarse esencialmente en la previsibilidad del resultado dañoso, hecho que no puede exigírsele, ocurriendo además que la creación del riesgo ha de achacarse a quien proporcionó el andamio, lo arrendó o lo fabricó, pero nunca a quien lo coloca correctamente y no puede conocer sus defectos intrínsecos, pues el requisito de la previsibilidad resulta esencial para generar culpa extracontractual, y, al faltar, cesa la obligación de indemnizar por concurrir caso fortuito; ha de casarse la sentencia que deriva la responsabilidad del subcontratista de su condición de tal y de deberes genéricos o contractuales que nada tienen que ver con la imprevisible causa del daño, debido al sistema de sujeción poco fiable de los anclajes que unían la chapa de pisa del andamio con el resto del mismo, pero en modo alguno a un defectuoso montaje, o a un incorrecto uso de sus componentes, y, ni siquiera, a una defectuosa vigilancia. Se acoge el recurso interpuesto por la empresa subcontratista. (STS de 1 de octubre de 1999; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: compatibilidad de la indemnización civil y laboral: doctrina de la equivalencia de resultados.—Es doctrina de esta Sala, reiterada en numerosas sentencias, de ociosa cita, la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, tanto en el espacio de los daños materiales, como en el de los morales, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción del orden civil. Por ello la conclusión a que llega la sentencia de la Audiencia Provincial de que los daños materiales han quedado reparados por las prestaciones del INSS y del seguro concertado por la empresa, quebranta aquella posición jurisprudencial; sin embargo, por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados, el acogimiento de algún motivo del recurso no siempre supone la casación, como ocurre cuando procede mantener el fallo por argumentos distintos. Así la indemnización de dos millones de pesetas a que se condena en la instancia es la adecuada para la reparación de los daños materiales y morales. (STS de 30 de noviembre de 1998; no ha lugar; voto particular de Martínez-Calcerrada y Gómez.)

NOTA.—Concentro aquí las observaciones a siete sentencias dictadas sobre materia homogénea, consistente fundamentalmente en la compatibilización de la indemnización civil y laboral en mate-

ria de accidentes de trabajo, con obvia atribución de la primera a los Tribunales ordinarios. Cuestión bastante pacífica hasta los Autos de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994, dictados por la Sala de Conflictos, que reivindicaron para la Sala de lo Social dicha competencia en aplicación del artículo 9.5 LOPJ y los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990. Este muestreo, sin ser concluyente, sí resulta de alguna significación sobre la doctrina de la Sala 1.^a en dicha materia, en la época (segundo semestre 1998): de siete sentencias extractadas, hay cinco en las que se resuelve en favor de la competencia civil, una claramente en favor de la jurisdicción social y otra que deriva hacia la contencioso-administrativa, además de un Voto particular en aquel sentido. En cuanto a los Ponentes: dos Magistrados reiteran ponencia en sentido favorable a la jurisdicción civil (García Varela y Marina Martínez-Pardo) y un tercero (Fernández-Cid de Temes) abunda en lo mismo en una notable sentencia que, sin embargo ni siquiera llega a plantearse el tema jurisdiccional, quizá por considerarlo absolutamente claro, pese a tratarse de materia a estimar de oficio. La única sentencia que aplica la doctrina de la Sala de Conflictos es ponencia de Sierra Gil de la Cuesta; Gullón Ballesteros la hace derivar a la jurisdicción contenciosa por producirse el evento dañoso en una obra pública; y Martínez-Calcerrada que anteriormente patrocinó el mismo criterio, es autor ahora de un Voto particular a favor de la jurisdicción laboral. En las instancias inferiores, se han pronunciado a favor de la jurisdicción laboral las Audiencias Provinciales de Santander, La Coruña y Albacete y el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Albacete.

En la STS de 24 de octubre de 1998 el actor reclama setenta y cinco millones de pesetas, al parecer por las lesiones sufridas en accidente laboral, demanda estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia que la reduce a quince millones (¿concurriencia con la culpa del perjudicado?); el TS argumenta que se invoca una relación derivada exclusivamente de un contrato laboral, por lo que resultan inaplicables los artículos 1101 ss. CC, siendo procedente aplicar el artículo 25.1 LOPJ; es inaplicable también la jurisprudencia de la Sala 1.^a ya que los hechos alegados nada tienen que ver con el artículo 1902; por último se citan los Autos de 1993 y 1994 de la Sala de Conflictos. Los hechos que originaron la STS de 30 de noviembre de 1998, resueltos en favor de la jurisdicción civil, consistieron en el aplastamiento del cráneo sufrido por el obrero por el carro de transporte de una máquina acolchadora que, en su movimiento de vaivén, dejaba una pequeña abertura suficiente para que el obrero introdujera la cabeza, hecho inexplicable por sí mismo, y que la sentencia achaca a culpa de la víctima; por ello la indemnización fue reducida, en la instancia a dos millones de pesetas. El TS estima el recurso interpuesto por los familiares de la víctima, pero sin efecto en el fallo, dado que, en aplicación de la doctrina de la compatibilización, se considera inadecuada la afirmación de la Audiencia Provincial de que los daños materiales habían quedado reparados por las prestaciones del INSS y el seguro contratado por la empresa. Es de advertir que no hay datos en la sentencia del TS para conocer los fun-

damentos jurídicos de la demanda, pero en el Voto particular ya aludido se dice que *se ejercita acción ex art. 1902 CC, precisamente por infracción del artículo 90 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el trabajo*, y se reproduce uno de los motivos del recurso de casación basado en la falta de medidas de seguridad en la máquina de la empresa demandada, que se adoptaron, precisamente por la empresa, después del accidente. El Voto particular recuerda que el tema de la jurisdicción se plantea de oficio e invoca los Autos ya conocidos y también el de 10 de junio de 1996 en el que expresamente se dice que el incumplimiento de las medidas impuestas por la legislación de seguridad e higiene en el trabajo se integra en el contenido de la relación laboral, cuyo conocimiento es materia propia de la jurisdicción social.

Entre la jurisprudencia favorable a la jurisdicción civil, la STS de 10 de octubre de 1998, estimatoria del recurso contra sentencia de la Audiencia Provincial de Santander que declinó la competencia, se reclamaba indemnización por lesiones sufridas en accidente laboral al cortar una viga de hierro, mediante soplete oxiacetilénico, reclamándose diez millones que otorga el Juzgado de Primera Instancia. La argumentación del TS es sucinta: «Lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo». Mayor esfuerzo argumentativo se encuentra en STS de 18 de noviembre de 1998, relativa a los daños sufridos por un pintor al caer de un tramo sin barandilla, con resultado de invalidez permanente absoluta, reclamando treinta y cinco millones; ambas instancias se declaran incompetentes remitiéndose a la jurisdicción laboral; resulta, por ello, significativo que el TS reafirme su propia competencia. En el FD 2.º describe el *status quaestionis* en la jurisprudencia de la Sala 1.ª, y tiene en cuenta las decisiones de la Sala de Conflictos; fija, en cierto modo, los requisitos para que prospere la acción civil, y lo hace con criterio que puede calificarse de restrictivo; fundamentarse en normas civiles, que los daños no hayan sido compensados por otro orden jurisdiccional, y concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC (que se exige *cuidadosamente*), señaladamente en relación con el autor, la culpa y la relación de causalidad, con posibilidad de compensación de culpas y no obligatoriedad de la inversión de la carga de la prueba o de la teoría de la creación del riesgo.

¿Cabe sentar algunas conclusiones? Desde luego es marcada la inclinación de la Sala 1.ª a ratificar su propia competencia en aras de la doctrina de la compatibilización de indemnizaciones. Necesidad de que la demanda se fundamente en los artículos 1902 y concordantes del CC. Alegación de haberse producido el accidente fuera de la normativa sobre seguridad en el trabajo. Falta de reparación íntegra del daño por causa del accidente laboral ocurrido. Todo ello restringe el ámbito de actuación de los Tribunales civiles respecto de lo que hasta ahora venía ocurriendo. Pero ¿hasta el punto de que, en el futuro, desaparezca esa competencia civil residual? A mi juicio resulta significativo que entre las instancias inferiores se va propagando la corriente pro-laboral, lo que, a medio plazo, puede impedir, de hecho, que se planteen estas reclamaciones. ¿Es

bueno y deseable este resultado, o, más bien, será perjudicial para los justiciables? Habrá que esperar a ver los pronunciamientos que en estas materias se manifieste la jurisdicción social, así como, especialmente, las cuantías de las indemnizaciones que otorguen. Puede verse un tratamiento reciente con información bibliográfica, Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid 1999) pp. 170 ss., esp. p. 186 incluyendo jurisprudencia de varias Salas del TS. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: culpa de RENFE: evolución de la jurisprudencia hacia una moderada objetivación.—Según S de 24 de julio de 1997 la culpa de la RENFE radica en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, de modo que no se agraven los riesgos que acompañan las maniobras y el tráfico ordinario de los ferrocarriles, de por sí peligrosos y con resultados dañosos previsibles y evitables. La S de 31 de diciembre de 1997 destaca la tendencia cada vez más proclive a una cierta objetivación de la responsabilidad extracontractual. La de 1 de mayo de 1998 alude a una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el actor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual que la culpa de éste se presume *iuris tantum*.

Paso a nivel peligroso: concurso de culpas.—Se declara acreditado que el paso a nivel donde se produjo la colisión, carente de barreras, es de notoria peligrosidad, cuestionándose la buena visibilidad del tren que pueda acercarse por la vía, sin que la señal de stop garantice que el accidente pueda evitarse, concluyendo por la muy escasa visibilidad que se convierte en insignificante; por todo lo cual RENFE incurrió en responsabilidad dado que mantuvo un paso a nivel de escasa visibilidad, sin las debidas medidas de protección, barreras, semibarreras o cualquier otro elemento de control que evitase sucesos tan luctuosos como el acaecido. Por otro lado, se aprecia que la víctima tuvo una participación —no una autoría exclusiva—, en el accidente ferroviario, con lo que se aprecia una concurrencia de causas que motiva la moderación de la indemnización solicitada. (STS de 7 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclama una indemnización de treinta millones de pesetas por la muerte en un paso a nivel de la madre de las dos actoras; el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario; la Audiencia Provincial estima la apelación y, entrando en el fondo, declara concurrencia de culpas reduciendo la indemnización a veinte millones de pesetas en total (diez a cada hija). El TS desestima el recurso (Pte O'Callaghan Muñoz) con base en la sentencia extractada. No hay datos sobre las circunstancias del atropello (si la víctima era peatón o circulaba en vehículo). Interesa la evolución de la jurisprudencia en el sector ferroviario hacia una moderada objetivación, aunque la sentencia destaca la negligencia de la RENFE. El análisis económico del derecho acaso muestre que es más rentable para esta empresa pagar las indemnizaciones a que se le condenen, que sustituir los pasos a nivel sin barrera existentes en toda España. Tema de alcance general que los Tribunales no pueden afrontar. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: daños por excavación en tendido eléctrico: pluralidad de responsables: solidaridad impropia: interrupción de la prescripción extintiva.—La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la lla-

mada solidaridad impropia por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce, en materia de prescripción de la acción, en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones solidarias, aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia.

Irresponsabilidad de la empresa propietaria de la excavadora.—Si bien la máquina excavadora era manejada por un empleado de la empresa propietaria, la operación de apertura de la zanja se realizaba según las instrucciones concretas del contratista codemandado, presente en el lugar al ocurrir los hechos, sin que conste acreditado que el conductor de la excavadora desoyese aquellas instrucciones y rebasase, al hacer la zanja, las señales marcadas por el contratista .

Responsabilidad del contratista.—La conducta del contratista en relación con la apertura de la zanja ha de estimarse negligente, por no haber adoptado las medidas pertinentes para evitar el daño que se produjo; y si bien es cierto que contrató con otra empresa el servicio de la excavadora, al carecer de ese tipo de maquinaria, no es menos cierto que fue él quien dirigió *in situ* la excavación, sin cerciorarse previamente de si en aquel lugar existía o no alguna red eléctrica, o de otra clase, que pudiera resultar afectada por esa rotura del suelo.

Responsabilidad del dueño de la obra.—También es de apreciar una conducta negligente en el dueño de la obra, ya que en ningún momento solicitó información alguna sobre la existencia de redes eléctricas, o de otra clase, en el lugar, teniendo en cuenta además que asumió en el contrato obligaciones de vigilancia que no ejercitó (culpa *in vigilando*), sin que la cláusula de exoneración de responsabilidad tenga eficacia frente a terceros perjudicados. (STS de 3 de diciembre de 1998; ha lugar.) (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: daños por movimiento de tierras ya finiquitados: supuestos daños ulteriores. Ausencia de nexos causal.—Lo que aparece como probado es que los daños y perjuicios causados por el movimiento de tierras fueron satisfechos por la parte recurrida a la parte actora, ahora recurrente, a entera conformidad de las mismas según consta en el finiquito plasmado en el documento de 25 de diciembre de 1985. Todo lo acaecido posteriormente en relación a la construcción de una nave industrial por la recurrente, son problemas de tipo administrativo entre dicha parte con el Ayuntamiento; y dado que la intervención de la parte recurrida no ha sido otra que proporcionar datos e informes para ser utilizados por dicha parte actora sus recursos frente al Ayuntamiento, no puede ser titular del desarrollo causal de las consecuencias presuntamente perjudiciales por las trabas administrativas planteadas; todo lo cual hace que sea inexistente el nexo causal que debe coordinar la acción y el resultado dañino. (STS de 17 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta difícil entender el fundamento de la reclamación de más de trece millones de pesetas contra HUNOSA ¿Será que por tratarse de entidad estatal se piensa que aquélla deberá asumir todos los daños, más o menos posibles o imaginarios?; reclamación que es rechazada en ambas instancias y fracasa, obviamente.

te, en casación. Quizá por ello el FD 1.º acusa cierta vacilación en la *ratio decidendi* para desestimar el recurso: así, no viene muy a cuento aludir a la evolución de la jurisprudencia que ha corregido el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el 1902 CC; tampoco evocar la culpa exclusiva del perjudicado o la doctrina de hacer supuesto de la cuestión; sólo al final se exponen los hechos y la doctrina extractada. En realidad cabría fundar la desestimación del recurso en la cosa juzgada, o en la falta de prueba de los supuestos de hecho del 1902 CC (en particular, no hay daño imputable al demandado). (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: muerte por electrocución. Contacto de línea de alta tensión con camión-grúa: relación de causalidad.—No es posible apreciar la existencia de ninguna relación de causalidad entre el resultado dañoso producido y la presencia de la línea eléctrica, pues la altura mínima desde uno de sus apoyos al suelo, aun cuando no fuera la reglamentaria exigible, permitía el paso holgado del vehículo por debajo de ella, y, lo que es más importante, el contacto no se habría producido a no ser porque su conductor colocó aquél debajo del tendido, no pudiendo olvidarse al respecto que tal colocación del vehículo no venía requerida para poder realizar el trabajo que tenía encomendado la víctima del accidente.

Conducta diligente del empresario: ausencia de relación de causalidad.—Tampoco es posible apreciar la referida relación causal en la conducta del empresario, puesto que el mismo tenía impartidas instrucciones concretas y reiteradas a todos los conductores a su cargo, acerca de que en ningún caso situaran los vehículos, para su descarga, debajo de la línea de alta tensión, órdenes desobedecidas por la víctima, aunque de manera indeliberada; máxime cuando no era preciso para el desempeño de la labor que efectuaban, siendo irrelevante la momentánea ausencia del empresario del lugar de los hechos, pues con el conductor colaboraban el jefe de equipo y un peón de la empresa. (STS de 3 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Parecida insatisfacción que me ha producido la sentencia de 8 octubre 1998, publicada en este número del *ADC* (accidente mortal en la cantera al dar marcha atrás un camión), me causa ahora la lectura de esta sentencia aunque el presente caso ha de examinarse por partes. La exoneración del empresario de transporte me parece clara pues logra demostrar, —como hasta la saciedad recoge la sentencia extractada—, que ha aleccionado a sus empleados sobre las precauciones a adoptar en prevención, precisamente, de este tipo de accidentes. Si bien, no se explica bien lo que dice el TS de que el conductor desobedeció las instrucciones de su principal, pero no de modo deliberado: cabe conjeturar ¿es que el lugar aparecía de difícil localización para el conductor del camión-grúa?; pero el accidente no sucedió de noche sino que la sentencia precisa que ocurrió a las 17,15 horas del 22 de junio de 1987; no siendo probable que, en el mes indicado, hubiera niebla espesa en la provincia de León. Pero la empresa eléctrica propietaria de los cables de alta tensión me parece que ha sido exonerada de responsabilidad con alguna precipitación; así, se reconoce en la sentencia que la altura de los cables no era la reglamentariamente exigida; pero este incumplimiento reglamentario, en no pocas sentencias anteriores,

era suficiente para determinar responsabilidad civil. ¿Estamos, efectivamente, en una *involución cíclica de la doctrina jurisprudencial*, pese a que, sin mucha justificación, también esta sentencia reproduce en el FD 4.º la conocida evolución histórica? (G. G. C.)

45. Concurrencia de comportamientos en responsabilidad extracontractual por lesiones causadas a menor perjudicado.—El TS declara que debe tenerse en cuenta la concurrencia de comportamientos carentes de diligencia precisa, que constituyeron una culpa *in vigilando* de ambos padres, y graduar la culpa de los mismos, en virtud del artículo 1103 CC, no revisable en casación, para determinar la indemnización correspondiente del menor lesionado, quien debe ser indemnizado no solamente a expensas de su tío (con apoyo de las SSTs de 15 de noviembre de 1967, 23 de enero y 2 de febrero de 1970, 16 de mayo y 14 de junio de 1973, 30 de mayo de 1974, 31 de marzo de 1978 y 7 de junio de 1991).

Recargo del 20 por cien de interés.—No es posible la estimación del recargo del 20 por cien de interés desde la fecha del siniestro, establecida por el artículo 20 LCS como sanción por la falta de indemnización por causa no justificada o imputable al asegurador, ya que dicha facultad de apreciación corresponde a los jueces y tribunales, sin que conste que la Sala *a quo* interpretara erróneamente dicho precepto. (STS de 17 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.C. y don M.C., hermanos, se encontraban en la barra de un restaurante abonando la consumición realizada, mientras sus hijos se encontraban jugando a pocos metros sin ser vigilados. El hijo de M.C., de ocho años de edad, utilizando un tirachinas alcanzó con una piedra el ojo izquierdo de su primo de seis años, causándole serias lesiones oculares. Ante tales hechos, don J.C., como padre y representante legal de su hijo, interpone contra su hermano y contra la entidad aseguradora del mismo reclamación de cantidad por dichas lesiones. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, siendo revocada por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (E. M. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones en suelta de vaquillas. Culpa exclusiva de la víctima.—La tendencia orientada a la objetivación de la responsabilidad por culpa extracontractual ha de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, no ha de surgir aquélla en aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica; en el presente caso la víctima en un espectáculo de suelta de vaquillas se colocó en un lugar no permitido tal como se había hecho saber al público en general, lo que unido al estado de embriaguez en el que se encontraba, configuró una conducta, causa más que eficiente para la producción del evento dañoso; todo lo cual configura una situación de culpa exclusiva de la víctima, a lo que debe añadirse el especial cuidado que hay que tener cuando se va a participar en un espectáculo que lleva consigo un elevado grado de peligrosidad, aunque se hayan cumplido todos los requisitos reglamentarios, como en este caso. (STS de 25 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No parece haber dudas sobre lo acertado del fallo, coincidente con las sentencias de ambas instancias. Sorprende acaso que en el FD 1.º se haga una extensa exposición de la evolución hacia la objetivación de la culpa extracontractual, obviamente *obiter*, lo que viene a ser bastante frecuente últimamente, acaso para marcar el límite infranqueable para esa *objetivación de la culpa extracontractual* que el TS se ha impuesto (pero que, sin duda, el legislador podría superar en el futuro). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte en atropello por camión que maniobra marcha atrás: culpa exclusiva de la víctima.—Es indudable que a partir de la STS de 10 de julio de 1943 se acentuó una tendencia objetivadora de la responsabilidad extracontractual, pero, como se dice en STS de 8 de marzo de 1994, dictada en supuesto de irrupción súbita e inesperada en la calzada, no ha revestido caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo; por otra parte, la doctrina de esta Sala sostiene que no es de aplicación la inversión de la carga de la prueba, ni la presunción de culpabilidad, ni la teoría del riesgo, cuando se produce el accidente por culpa exclusiva de las víctimas (STS de 28 de octubre de 1988, reiterada, entre otras, por STS de 21 de marzo de 1991 y 11 de febrero de 1992).

Límites responsabilidad por riesgo: explotación de cantera.—Ciertamente la explotación de una cantera crea cierto riesgo, sobre todo con el tránsito en ella de los vehículos de transporte; pero la responsabilidad por riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento por daños cuando se trata de riesgos normales o razonablemente previsibles, y sólo han de tomarse en cuenta los riesgos imprevisibles o excepcionales, determinados según puntos de vista objetivos; en el presente caso, la víctima, empleado de la cantera debía tener en cuenta, en todo momento, que no podía cruzar o pararse en el espacio delimitado por los pilares de una tolva, debajo de donde entraban los camiones marcha atrás, explicándose su imprevisión y el no percatarse de la llegada del camión únicamente por su grave intoxicación etílica. Para el conductor del camión sí que era imprevisible que un trabajador de la cantera, al que había visto fuera de la trayectoria de su vehículo que maniobraba con lentitud, en tan breve espacio físico y de tiempo, irrumpiese de forma brusca y súbita debajo de la tolva; el camión estaba provisto de las luces de marcha atrás, y lo lógico y normal es que hubiera sido visto por la víctima, aun con su irrupción inadecuada en el lugar, de encontrarse en situación lúcida y no bajo intoxicación etílica.

Carencia en el conductor del camión del certificado exigido por el Reglamento de Seguridad Minera.—Se considera irrelevante dado que el conductor tenía permiso de las clases A1, A2, B1 y D2.

Ausencia de culpa: cumplimiento prescripciones administrativas.—Si en la visita del Ingeniero de Minas no se encontraron prescripciones especiales que imponer, achacándose el siniestro a falta de atención por parte del accidentado, y la Inspección de Trabajo no aprecia infracción a las normas de seguridad, ha de concluirse con la Audiencia que quedó demostrada la falta de culpa en el chófer del camión, y en las empresas de transporte de áridos, y tampoco en la explotadora de la cantera, bien por su propio actuar, ya por el de sus empleados.

Relación de causalidad.—No existe una relación de causalidad adecuada entre la conducta del chófer del camión y el resultado acaecido, imputable en su totalidad al trabajador fallecido; la causa eficiente de la muerte es claro que fue el golpe que recibió la víctima, pero ni éste, ni el atropello se hubieran producido sin su conducta desarreglada. (STS de 8 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho complejo en el que interviene una empresa de transporte, causante material del accidente, la propia empresa que explota la cantera y a la que pertenece la víctima, y esta última a cuyo estado de embriaguez se achaca exclusivamente la muerte; no parece se trata de accidente de circulación pues el lugar no es vía pública sino que forma parte de las instalaciones de la empresa; el lugar del accidente se describe como seis tolvas en batería, sustentadas por pilares que las separaban del suelo, de forma que los camiones entraban marcha atrás entre los pilares para situar sus cajas bajo la boca de dichas tolvas, saliendo una vez cargados; se dice, además, que ante lo angosto del lugar y el gran tamaño de los camiones la maniobra había de hacerse muy lentamente y mirando el conductor de modo constante por los retrovisores de ambos lados, y alternativamente para no colisionar con los pilares. La sentencia exculpatoria de ambas empresas por razón del accidente no deja de producir alguna insatisfacción. ¿Está exenta de culpa la empresa que permite trabajar a un operario con una alcoholemia de 4,8 gramos/litro de sangre, que produce fuerte sopor, muy próximo al estado de coma, con abolición del sensorio y de los reflejos, según dictamen pericial? ¿Está exento de culpa el conductor de un gran camión que ha de extremar al máximo las precauciones en la difícil maniobra de marcha atrás para situarse bajo la tolva, omitiendo, al parecer, el hacer sonar las señales en un ambiente de gran ruido? ¿Está exenta de culpa la empresa que no extrema la vigilancia del lugar, por ejemplo colocando personas que dirijan la maniobra? No creo pueda concluirse que el accidente se produjo exclusivamente por culpa de la víctima ¿Estamos en presencia de un *nuevo retroceso* en la tendencia evolutiva de la culpa extracontractual? (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: muerte al cruzar las vías por lugar no autorizado: inexistencia de responsabilidad del maquinista del tren.—La inexistencia de valla en el lugar del suceso no puede entrañar culpa o negligencia alguna por parte del maquinista demandado, el cual conducía el tren, por un tramo recto en una longitud de más de trescientos metros, en condiciones totalmente normales (a la velocidad reglamentaria, con el foco encendido y haciendo uso del silbato), cuando de pronto observó que de manera súbita un joven trataba de cruzar la vía en el preciso momento en que iba a pasar el tren, ante lo cual el maquinista sólo pudo accionar el freno de urgencia sin que pudiera evitar el atropello del infortunado joven.

Inexistencia de culpa en la RENFE: no uso de paso subterráneo: caso fortuito: culpa exclusiva de la víctima.—El hecho de que el lugar careciera de valla no entraña culpa o negligencia de la RENFE, ya que en aquel lugar existía un paso subterráneo, que el infortunado joven pudo y debió utilizar,

sin que dicha no utilización sea imputable a nadie más que al propio joven, el cual, por razones que se desconocen, se decidió a cruzar la vía de forma tan súbita e inesperada, en el momento mismo en que pasaba el tren, cuando, además de poder utilizar el paso subterráneo, también pudo y debió cerciorarse previamente de si se aproximaba algún tren, cuya comprobación, además de elemental, era fácilmente realizable, por tratarse de un tramo totalmente recto en una longitud de más de trescientos metros, lo que tampoco realizó; excluida la culpa del conductor y de RENFE, la producción del hecho luctuoso es atribuible a un caso fortuito o, incluso, a una culpa exclusiva de la propia víctima. (STS de 28 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—No hay datos para deducir que el accidente ocurriera en una estación, aunque sí junto a un paso subterráneo, y, tampoco, que la víctima hubiera descendido de otro tren (en tal hipótesis, provisto de billete), lo que hubiera supuesto una previa relación contractual con RENFE. Se trata pura y simplemente de un accidente mortal al cruzar las vías en plena circulación ferroviaria, en lugar con amplia visibilidad para ambas partes, aunque con especial relevancia para el peatón que debe saber por experiencia que accionar en un tren el mecanismo de frenado de urgencia no suele evitar el atropello. Más bien que un caso fortuito me parece que el suceso es de fuerza mayor, cuyo efecto de eximir de responsabilidad se refuerza con la indudable culpa de la víctima, aunque la sentencia no llega a declarar categóricamente que es la única causa del accidente. El FD 5.º alude también a la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad en estos accidentes, que deja de aplicarse cuando en el hecho no hay culpa de los agentes intervinientes. Me parece es de aprobar la desestimación del recurso, interpuesto por la madre de la víctima, si bien merece crítica que se haya tardado más de once años en resolver, aunque sea denegándola, la reclamación de aquélla desde que se produce el accidente. (G. G. C.)

49. Responsabilidad médica: secuelas tetraplégicas de exploración angiográfica: falta de información suficiente: responsabilidad del Centro médico.—Aunque los hechos ocurren antes de entrar en vigor la Ley de Consumidores de 1984, sus preceptos se utilizan, no como norma aplicable, sino como criterio interpretativo del Reglamento de 1972 que establece el derecho del enfermo a ser informado de las posibles consecuencias de las intervenciones quirúrgicas, siendo además incuestionable que el deber informativo forma parte de las normas deontológicas de los Colegios Médicos, y su observancia es una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles, sin que pueda reducirse a mero uso existente en el ámbito médico-hospitalario. La obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba médica, pero no cabe desvincular al centro hospitalario de toda obligación al respecto, al incumbirle un deber *in vigilando e in eligendo*, especialmente en casos como el presente en el que la prueba a efectuar podía ofrecer la existencia de un riesgo no imprevisible, con resultado de consecuencias dañosas incalculables, pudiendo haber acreditado mediante la prueba documental pertinente que la información había sido exhaustiva.

Compatibilidad de responsabilidad contractual y extracontractual.—Es doctrina de esta Sala permitir la compatibilidad entre la culpa con-

tractual y la extracontractual, y la posibilidad de optar por una u otra, tal como se recoge últimamente en S de 22 de mayo de 1955. (STS de 16 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos se remontan al mes de junio de 1983 en que debido a crisis convulsivas la paciente es sometida a una exploración angiográfica, en cuya realización se originan graves secuelas (no descritas en la S) que originan una reclamación de treinta millones de pesetas estimada en ambas instancias, y a cuyo pago se condena al Instituto Catalán de la Salud; el recurso de casación interpuesto por éste es desestimado con base en la sentencia extractada, que es plenamente de aprobar por insuficiente cumplimiento del deber de información, ya que únicamente se hizo saber a la paciente de la existencia de un cierto riesgo, pero pequeño, en la exploración a realizar. (G. G. C.)

50. Daños por atropello de tres caballerías: artículo 1905: responsabilidad objetiva de su propietario.—La Sala *a quo* establece como hecho probado que los tres caballos del demandado, que habitualmente estaban en la finca «Santo Domingo» fueron los que, tras haber salido del cercado en el que se hallaban, y acceder a la carretera, irrumpieron en ésta, arrollando en su marcha al actor, tirándole al suelo y produciéndole las graves lesiones que han determinado las secuelas que padece; acreditada la propiedad del recurrente respecto de dichos animales, es innecesario acudir a los artículos 1902 y 1903 CC dado el carácter plenamente objetiva que tiene la responsabilidad del artículo 1905, que no resulta desvirtuada ante la falta de prueba, sino todo lo contrario, de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del perjudicado.

Cuantía del daño: utilización de los baremos de la ley de 1995: deuda de valor.—Es doctrina reiterada la de que la determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuída a la Sala de instancia, no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas de su cuantificación; en el caso la determinación de la cuantía ha tenido en cuenta las lesiones y secuelas, así como los días que el actor invirtió en su curación que resultan probados en autos; y al seguir en su valoración, aplicándolos analógicamente, los criterios contenidos en el Anexo de la Ley de 1995, no ha hecho una aplicación retroactiva de la misma, al haber ocurrido los hechos antes de su entrada en vigor; ha de tenerse en cuenta que las deudas indemnizatorias son deudas de valor para cuya cuantificación ha de tenerse en cuenta el pago o resarcimiento, utilizando el criterio de la S de 15 de abril de 1991 que atiende a la equivalencia del daño en el momento del pago, compensando el quebranto devaluatorio de la moneda cuando transcurre un lapso de tiempo relevante desde la producción del daño hasta su pago.

Prueba de presunciones.—A partir de la reforma procesal de 1992, la prueba de presunciones sólo es impugnabile en casación por error de derecho en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 1692.4.º LEC; la S de 4 de julio de 1996, invocando anteriores, dice que en aquélla no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo estaríamos ante los *facta concludentia*, pudiendo seguirse del hecho-base diversos hechos-consecuencia, y lo que se se ofrece al control de la casación es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, reservando para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; pero si la deducción es razonable y los hechos-

base están demostrados, no cabe impugnarla. (STS de 21 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Un supuesto casi paradigmático de aplicación de responsabilidad por los daños causados por los animales (últimamente Gallego Domínguez, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, 1997), aunque sorprende la elevada cuantía de la indemnización solicitada (cien millones) y la concedida (más de setenta y tres millones), sin que la sentencia del TS detalle las lesiones y secuelas producidas. Insiste la sentencia en la calificación de *responsabilidad objetiva* «con toda la dosis de equivocidad que entraña este adjetivo» (como dice De Ángel Yagüez, *Com. Min. Justicia*, II, p. 2041). Da por legítima la aplicación analógica, en punto al carácter de deuda de valor de la indemnización, del ya famoso Baremo introducido por la Ley de 1995, sin referirse a la posible inconstitucionalidad de aquél, declarada por STS de 26 de marzo de 1997; tema, por lo demás, abierto, como pone de relieve la doctrina más reciente (Díez-Picazo, *Derecho de daños*, 1999, pp. 223 ss., esp. p. 234). (G. G. C.)

51. Responsabilidad extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—La doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba al demandado por responsabilidad extracontractual no puede trasladarse al supuesto en el que es la propia víctima la que crea el riesgo anormal, cual es el caso de quien monta un caballo alquilado sin saber equitación. A mayor abundamiento, quien practica la equitación acepta los riesgos que esta actividad conlleva, siempre que el caballo alquilado se haya entregado en condiciones que no lo incrementen.

Responsabilidad extracontractual. Inaplicación del artículo 1905 CC al supuesto de alquiler de un caballo.—La persona que alquila un caballo para la práctica de la equitación es el poseedor efectivo del mismo y quien se sirve de él a los efectos del artículo 1905 CC, y no el arrendador. En consecuencia el artículo 1905 CC no es aplicable para determinar la responsabilidad del arrendador del caballo por el accidente sufrido por el jinete arrendatario. (STS de 19 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L.B.L., jinete inexperta, tuvo un accidente con un caballo que había alquilado para la práctica de la equitación, sin que éste se debiera a la peligrosidad del equino o a defecto alguno en la montura. Interpuesta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, dictó éste sentencia desestimatoria confirmada por la Audiencia Provincial. (A. G. G.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Valor del remate respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical: un acta de subasta judicial en la que no se determina el remate de los bienes no es título suficiente para el ejercicio de una tercería de dominio.—El artículo 609 CC se puede catalogar como el precepto que establece

en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo, exigiéndose en la misma la concurrencia de tales requisitos como medio para adquirir la propiedad. Y en esta base, es cuando la parte recurrente afirma que el acta de la subasta judicial de los bienes en cuestión es suficiente para que se le estime propietario de las fincas objeto de la subasta y sobre las que ejerce su tercera de dominio.

Pero, en el presente caso y del *factum* de la sentencia recurrida, inatacable en esta vía casacional, se desprende inequívocamente que el título alegado como base dominical de la parte recurrente, es una certificación de una subasta judicial en la cual se suspende el remate, ya que la postura de licitación era inferior a las dos terceras partes del tipo que sirvió de base a la subasta, por lo que tuvo que entrar en juego lo previsto en el artículo 1506 LEC, sin que, hoy por hoy, conste que se hubiera aprobado o mandado llevar a efecto el remate, ya que solamente se notificó el resultado de la subasta a los propietarios de los bienes subastados. Por todo lo cual se infiere que no existe un verdadero título suficiente para adquirir la propiedad, puesto que no hay un acta judicial de remate definitivo; por lo que no es aplicable al presente caso la doctrina jurisprudencial alegada por el recurrente (la S de 15 de julio de 1991, por todas) en la que siempre se habla de acta de remate.

Sobre todo cuando el problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. En efecto ya la STS de 22 de marzo de 1946 apunta en esa dirección, no obstante referirse a créditos, pues anticipa la transmisión al tiempo del remate «por haberse hecho pago del precio...». Con mayor claridad, y refiriéndose a inmuebles, la STS de 12 de febrero de 1985, considera «suficiente para justificar su título dominical», el «acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario», «aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que la regla 17 del artículo 131 LH exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta del sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado; con independencia también, de la adquisición de la posesión que, según el artículo 438 CC, tiene lugar, no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también «por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho». Esta doctrina jurisprudencial que plenamente confirmamos y consolidamos, despeja la incógnita planteada en el recurso, conforme a lo resuelto por la sala sentenciadora. (STS de 13 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor interpone acción de tercera de dominio contra el Banco de Castilla y dos particulares. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se desestiman igualmente la apelación y posterior recurso de casación promovidos por el demandante. (R. G. S.)

53. Posesión de buena fe.—Es doctrina reiterada desde antiguo de esta Sala la de que la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe; así lo recoge la S de 10 de febrero de 1970 al decir

«...y como la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra, sino que es preciso prueba especial para destruir la presunción establecida por la Ley que supone la existencia de buena fe, aun en los contratos cuya nulidad haya sido declarada –S, entre otras, de 27 de octubre de 1922– y que no se opone a lo dispuesto en los artículos 434 y 455 CC, el precepto general del artículo 1303 del mismo Cuerpo legal –S de 17 de febrero de 1922– es indudable que no haciéndose imputación de mala fe a los demandados, debe conceputarse a éstos como obrantes de buena fe»; por su parte la sentencia de 28 de febrero de 1968 califica «demasiado simplista» el punto de vista de que «la mala fe, haya de deducirse, en todo caso, del simple hecho de dictarse una sentencia, que pone fin a un estado posesorio»; doctrina en la que insiste la sentencia de 10 de julio de 1987 diciendo que «esta buena fe es compatible con la posible insuficiencia o inexistencia de justo título, pues aunque justo título y buena fe son materias de íntima relación, cabe que, por parte del poseedor, se haya producido un error en la interpretación de los hechos o documentos, excluyente, en principio, del dolo, término equivalente al de mala fe y contrario al de buena fe».

De ahí que la existencia de la sentencia recaída en el juicio habido entre estas mismas partes que declaró la nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa celebrado entre el padre de los Sres. B. H. y D. A. L. B. y que puso término a la posesión de éste sobre la finca objeto del contrato como requiere el artículo 1253 CC, la concurrencia en el señor L. B. de mala fe, sin que ello se derive de alguna otra prueba especial que acredite esa condición contraria a la presunción del artículo 434 del mismo Código y sin perjuicio que desde el momento de la interpelación judicial al poseedor cese esa presunción de buena fe.

Gastos necesarios: no se incluye en el concepto los de explotación de la finca poseída.—En relación con el reembolso de los gastos necesarios al amparo del artículo 453, párrafo 1.º CC, la S de 3 de diciembre de 1991 entiende como tales «las impensas realizadas para la conservación de la cosa y resultan imprescindibles de forma tal que de no haberlas llevado a cabo la cosa habría dejado de existir o desmerecido»; atendido lo cual, no pueden considerarse como gastos necesarios que hayan de ser satisfechos por el propietario que recupera la cosa poseída hasta entonces por su contradictor, los que consideran como tales las sentencias de instancia, por importe de 678.453 pesetas, a que se refieren los documentos 9, 10, 11 (relativos a las primas de un seguro de accidentes de los obreros agrícolas) y 12, antes relacionados ya que todos ellos hacen referencia a gastos de explotación de la finca y carecen de toda función conservativa del bien poseído por el aquí actor; por lo que no procede su reembolso por los propietarios demandados, lo que obliga a la estimación del motivo. (STS de 28 de noviembre de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La nulidad por simulación de un contrato de compraventa que declara el Juzgado tuvo como consecuencia que el comprador quedase reducido a la simple condición de poseedor de la finca, quedando obligado a restituirla junto con el mobiliario, máquinas y semovientes inventariados. La sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia y no hubo lugar al recurso de casación. Se planteó un segundo litigio por el cual el poseedor solicitaba la condena de los propietarios al abono de los gastos necesari-

rios, útiles y de mejoras por él abonados en la finca. La demanda fue parcialmente estimada y la Audiencia confirmó la resolución de instancia. Interponen sendos recursos de casación poseedor y propietarios. Ambos son acogidos en parte. (R. G. S.)

54. Propiedad privada: función social.—El TC en su emblemática sentencia de 26 de marzo de 1987, determina la función social del derecho de propiedad como delimitación de su contenido. O sea, que el derecho de propiedad regulado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo que tutela y protege jurídicamente a su titular, o sea el propietario, pero que está delimitado y sujeto por el cumplimiento de funciones sociales.

Confirmando lo anterior se puede decir que la propiedad privada no es un derecho fundamental de los explicitados en la Sección primera, del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución. Pero ello no significa que cualquier persona pueda ser, sin más ni más, privada no sólo de la titularidad, sino también de los efectos del derecho de propiedad, por mucho que sea el interés social que se persiga, sin cumplir unos determinados requisitos, plasmados de forma genérica en el número 3 del artículo 33 CE, y de una manera concreta por la Ley de Expropiación Forzosa. Pues otra cosa, sería llegar a un concepto anarquista del derecho de propiedad, o de colectivización de la tierra, que ni con mucho, ha pretendido la Constitución Española, ni la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S de 7 de diciembre de 1976 —caso Handyside— y S de 13 de junio de 1979 —caso Marckx—), del Tribunal Constitucional (SS de 2 de diciembre de 1983 y 19 de diciembre de 1986) y de esta Sala (S de 20 de octubre de 1984).

Pues bien, en el presente caso se han realizado obras para instalar una conducción de aguas que atraviesa la finca de la parte recurrida por medio de instalación subterránea de tuberías durante un tramo de 45 metros, y prescindiendo del interés social de tal obra, que pudiera tenerlo, la misma se ha realizado sin haberse acreditado que se hayan seguido los procedimientos expropiatorios necesarios y que se haya dado o prometido la indemnización correspondiente, provocándose, con ello, un ataque frontal a un derecho individual reconocido constitucionalmente, con lo que se han causado perjuicios y se han modificado configuraciones, que deben ser reparados o reestablecidos, tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 33 CE y los artículos 348 y 349 CC. (STS de 18 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un particular demanda al *Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Ferrovial S. A. y Canal Bajo del Algar* solicitando del Juzgado los condene solidariamente a retirar los 45 metros de tubería instalados en su finca (destinados a la conducción de las aguas residuales de Benidorm) y al pago de los daños causados. El Juzgado acoge parcialmente la demanda condenando a los demandados únicamente al pago de los daños. Interponen recurso de apelación todas las partes estimándose el deducido por la actora. No ha lugar al recurso de casación promovido por el *Sindicato de la Comunidad de Regantes del Canal Bajo del Algar*. (R. G. S.)

55. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.—Sabido es que tal acción se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño, lo que requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detentación o

posesión por el demandado (SS, por ejemplo, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 2 de noviembre de 1989 o 15 de febrero de 1990). (...) 2.º) el título de dominio puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que haya de identificarse necesariamente con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste (S de 6 de julio de 1982, en relación con las de 4 de noviembre de 1981 y 24 de junio de 1966), de manera que, en un examen conjunto de la prueba, sí puede darse importancia a las certificaciones catastrales en unión de la documental. 3.º) Tal como expresa la sentencia de 27 de enero de 1995, que recoge la cita de las de 23 de noviembre de 1956, 20 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1964, «corresponde a los Tribunales de instancia determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio» y las cuestiones acerca del título constituyen materia fáctica excluida por regla general del control casacional. 4.º) Constituye cuestión de hecho la decisión del tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1986 o 3 de noviembre de 1989) de manera que hoy sólo puede impugnarse por error en la valoración de la prueba, con cita de la norma de hermenéutica legal que se considere infringida, impugnación que no se realiza en el recurso que nos ocupa. 5.º) La mayor o menor cabida de un inmueble no empece a su identidad (SS de 4 de mayo de 1928 y 1 de marzo de 1954) y la medida superficial es un dato secundario de la identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos (S de 9 de noviembre de 1949) y es que, en el caso que nos ocupa, la finca aparece determinada por sus cuatro puntos cardinales y puede trasladarse topográficamente sobre el terreno, aspecto que tampoco se combate en forma (ver nuevamente la S de 27 de enero de 1995, que cita, a más de otras ya reseñadas, la de 17 de julio de 1991. (STS de 16 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Cinco hermanos ejercitan una acción reivindicatoria contra *Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE)* y un particular. El Juzgado desestimó la pretensión pero la Audiencia declaró que los actores eran propietarios de la finca en litigio condenando a los demandados a que restituyesen la posesión de la finca a los demandantes. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por *FEVE*. (R. G. S.)

56. Requisitos de la acción reivindicatoria: identidad.—Conviene dejar sentado que la acción que se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detentación o posesión por el demandado (SS por ejemplo, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 2 de noviembre de 1989, 15 de febrero de 1990) y, respecto a la identidad, que sea perfecta la identificación, de manera que no se susciten dudas racionales sobre cual sea (SS de 29 de marzo de 1979, 6 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983, 3 de julio de 1987, 30 de noviembre de 1988, 3 de noviembre de 1989), debiendo determinarse la finca por los cuatro puntos cardinales con absoluta exactitud o precisión, pues de no estarlo y requerirse un previo deslinde al efecto, faltaría el cumplimiento del requisito de la identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicación (S de 12 de abril de 1980), debiendo demostrarse sin lugar a dudas que

el predio es topográficamente el mismo a que se refieren los documentos y demás medios de prueba (SS de 8 de abril de 1976, 31 de octubre de 1983 o 25 de febrero de 1984), siendo la decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada cuestión de hecho (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1986 o de 3 de noviembre de 1989), de manera que hoy sólo puede impugnarse por error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de la hermenéutica legal que se considere infringida; y es que sin el cumplimiento de tales requisitos mal puede resolverse sobre si las fincas de los litigantes son las mismas, si se posee, detenta o retiene por otro indebidamente o comparar los títulos de los litigantes, determinando si recaen sobre una misma finca o no. (STS de 23 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio que llega a la casación se centra en una acción reivindicatoria que el actor promueve al entender, junto con la preferencia de su título, la identidad de su finca registral con otras dos también inscritas. El Juzgado acogió parcialmente la pretensión y la reconvencción de uno de los demandados. Apelan los demandados y la Audiencia acoge el recurso desestimando demanda y reconvencción. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

57. Concepto, naturaleza y función de la tercería de dominio.—La base jurídica es la naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas sentencias, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997 y 11 de marzo de 1998 que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 y ss. LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandante embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, sentencias de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo: sentencias de 19 de mayo de 1989, en idénticos términos, 5 de junio de 1989, 16 de febrero, 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 24 de julio de 1992. La de 5 de diciembre de 1994 dice claramente que la acción de tercería de dominio hay que calificarla como meramente declarativa del dominio.

Necesidad de que se produzca un embargo previo para la viabilidad y eficacia de la tercería de dominio.—La cuestión se centra en si es preciso que medie un embargo para que tenga viabilidad la tercería de dominio. La respuesta debe ser afirmativa: la sentencia de la Audiencia Provincial así lo afirma y lo razona muy acertadamente, de la que conviene destacar algunos

párrafos: «se pretende lograr la tutela jurisdiccional del derecho que se ostenta sobre bienes que resultan afectados por los pronunciamientos contenidos en una sentencia judicial firme recaída en un proceso declarativo en el que no se ha sido parte», «tercería de dominio en la que no se ataca una resolución judicial por la que se afectan determinados bienes a un proceso de ejecución en marcha sino que se pone en tela de juicio el propio contenido del título de ejecución (en la sentencia firme se obliga a *INCECOSA* a hacer efectiva una opción de compra suscrita sobre la totalidad del edificio, incluidas las plazas de garaje)», «se ha utilizado la tercería de dominio como instrumento de tutela de determinados derechos dominicales afectados por una sentencia judicial firme pronunciada en un proceso declarativo en el que no se ha sido parte, y con ello se desfiguran los contornos propios de la tercería de dominio transmutando su contenido jurídico al dejar de ser una acción de impugnación de una traba realizada sobre bienes no titularizados por el ejecutado para convertirse en una acción de tutela de derechos dominicales no afectados por embargo alguno»; la doctrina procesalista destaca que el *petitum* de la tercería de dominio es que el Juez alce la traba sobre los bienes embargados y destruya la presunción o apariencia de titularidad de los bienes que fueron embargados como del deudor, pues se acredita que son del tercerista; la jurisprudencia siempre ha partido de la realidad de un embargo y sobre ello ha dictado numerosas sentencias, como las enumeradas anteriormente, y en un caso concreto se ha enfrentado directamente a la cuestión de la aplicabilidad de la tercería de dominio, en base al artículo 1543 LEC, a un caso en que no se había producido un embargo y dice, recogiendo jurisprudencia anterior, que las tercerías de dominio «son utilizables en los procedimientos de ejecución, con la extensión que señala el artículo 1543 LEC, cuando este último precepto se refiere a cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo y venta de bienes», añade que tiende «exclusivamente a evitar que la realización del crédito del ejecutante se haga en bienes ajenos al patrimonio del ejecutado» y concluye que en el caso de autos, «no ha existido previamente un juicio ejecutivo o incidente en que se proceda por venta o embargo de bienes» por lo que «no solamente falta el sustrato procesal que viabilice la tercería de dominio, sino que falta el fundamento personal de tercerista».

En la presente tercería de dominio, o más bien demandas de tercería acumuladas, no ha habido un precedente juicio ejecutivo, ni una ejecución de sentencia que haya llevado consigo un embargo, sino que se ha declarado (además de una condena dineraria) la efectividad de un derecho de opción. La tercería de dominio no procede, ni siquiera por la extensión que supone el artículo 1543 LEC pues, en todo caso, la tercería supone un embargo, cuyo alzamiento es su función, previa declaración de propiedad del tercerista; la simple declaración de propiedad es una acción distinta que nada tiene que ver con un embargo; pero si no media éste, no cabe tercería de dominio. (STS de 28 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—*Inmobiliaria Ceutí* celebró un contrato de obra con *Dragados y Construcciones* con el objeto de que esta empresa edificase en un solar de su propiedad (de la inmobiliaria). Por razón de una importante deuda que la inmobiliaria tenía con la constructora otorgan escritura de opción de compra —que se inscribe— sobre los cinco niveles del edificio en construcción. *Dragados y Construcciones* reclama la deuda impagada y ejercita su derecho de opción, condenando el Juzgado a la inmobiliaria al pago de la cantidad

reclamada y decretando la efectividad del derecho de opción de compra cuya ejecución exigió inmediatamente la constructora. Pero se habían vendido algunas plazas de garaje situadas en los dos primeros niveles del edificio. Los propietarios interponen demanda de tercería de dominio que el Juzgado desestima. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Los demandantes formulan recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

58. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de litigios sobre aprovechamientos hidráulicos de carácter exclusivo perturbados por vías de hecho de la Administración.—Los aprovechamientos hidráulicos de carácter exclusivo, no obstante la naturaleza de «públicas» de las aguas en cuestión, confieren a su titular un derecho semejante a los reales, que debe ser protegido y tutelado como éstos, con sujeción a las limitaciones temporales y otras de signo administrativo que enmarque su ámbito legítimo de utilización. En particular el régimen transitorio de la Ley de Aguas 29/1985, pese a la regla general que impide pueda adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico (art. 50.2), admite la continuidad en el disfrute de sus derechos de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas, por prescripción acreditada, con anterioridad a la vigencia de la Ley (DT 1.^ª), según acontece en el caso presente.

En razón de los antecedentes y consideraciones expuestas ha de estimarse que no se trata en este asunto de enjuiciar ningún acto administrativo sino de restituir a la situación jurídica posesoria que, amparada por la Ley disfrutaba la Comunidad de regantes y usuarios Acequia Aguadamar, respecto del aprovechamiento hidráulico de autos, o dicho con otras palabras de reparar la actuación antijurídica y lesiva de la Administración realizada sin cobertura legal. Como establece la STS de 8 de junio de 1993, «la vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite». Aparejan las vías de hecho como principal efecto la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente de las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva, remite las cuestiones contenciosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes. En este sentido, la alusión concreta a los interdictos que contiene el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, que a su vez debe conectarse con el artículo 103 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 101 de la nueva Ley 30/1992 (más amplios en su concepción), como medios admisibles de tutela procesal interina, que rectamente entendidos no sólo se refieren a la protección posesoria de derechos reales, sino también de derechos que generan o amparan estados o situaciones permanentes o estables, no agotan, ni excluyen las acciones de Derecho común sean mero declarativas o declarativas de condena que, obviamente habrán de ejercitarse por medio de los procesos ordinarios. La legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de estos casos, viene, asimismo, reconocida indirectamente, por la nueva Ley 39/1998, de 13 de julio, reguladora de la «jurisdicción contencioso administrativa» (todavía en período de *vacatio legis*) al establecer como «novedad destacable» el «recurso

contra las actuaciones materiales en vías de hecho» (art. 30), lo que explica, que ante ese hueco legal haya actuado el orden jurisdiccional civil en virtud, entre otras razones, de las atribuciones que, con carácter residual, les asigna el artículo 9.2 de la vigente LOPJ por exclusión del artículo 1.º de la Ley de lo contencioso administrativo de 1956, ya que no estamos en presencia de una pretensión deducida en relación con los actos de la administración que quedan sujetos a Derecho administrativo. Este criterio acerca de las «vías de hecho», lo confirma también la STS de 4 de marzo de 1994: «la actividad de la Confederación Hidrográfica del Norte en el caso de autos ha supuesto una vía de hecho por el establecimiento forzoso de una servidumbre fuera de todo procedimiento con el titular dominical de la finca, y esta situación entra en el supuesto del artículo 125 LEC, de manera que el afectado está facultado para utilizar los medios legales correspondientes a fin de que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida, como dispone el precepto citado».

Tutela civil de los aprovechamientos hidráulicos.—No se ha infringido el artículo 348 CC puesto que en la sentencia se emplea como fundamento último y referencial, en sentido amplio, de la protección judicial que ha de prestarse no sólo a la propiedad *stricto sensu*, sino, también, a los derechos reales o derechos equivalentes que proporcionan una utilidad de uso o de goce de las cosas frente a terceros; en el caso, un aprovechamiento hidráulico, y, ello, incluso con independencia del título procesal del propietario, si la razón jurídica de la utilización es superior o mejor que la que ostente el perturbador o despojante, ya que, en sentido amplio, se extiende a la tutela posesoria, manifestada asimismo en la «acción publiciana» que dimana de aquel precepto, como explica y desarrolla la STS de 12 de mayo de 1992, entre otras. (STS de 5 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de regantes y usuarios de la Acequia Aguadamar interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Alfacar solicitando se declarase el caudal de agua máximo que le correspondía y se le condenara a reponer a su estado original el Caño de la Fuente de Alfacar. El Juzgado estimó la excepción de falta de jurisdicción alegada por el Ayuntamiento sin entrar en la cuestión de fondo. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado accediendo en lo esencial a lo pedido por la actora. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento. (R. G. S.)

59. Artículo 34 LH: fe pública registral.—... la fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto, por lo que el hecho de que la subasta (acto adquisitivo del transferente don L. P. M.) hubiera sido declarada nula antes de que los terceros (esposos R. G.) adquirieran el piso (mediante escritura pública de compraventa de fecha 2 de junio de 1989), no puede afectar en modo alguno a dichos terceros adquirentes, los cuales desconocían en absoluto la referida declaración de nulidad (nada se ha probado en contrario), la cual, obviamente, no constaba en el Registro, pero es que incluso el transmitente don L. P. M. (rematante en la subasta) que no había sido parte en el procedimiento judicial sumario en que tal subasta se celebró, también desconocía (cuando vendió el piso a los esposos R. G., mediante escritura pública de fecha 2 de junio de 1989) la

expresada declaración de nulidad de la referida subasta, pues el auto declaratorio de la misma no le fue notificado hasta el día 29 de junio de 1989. (...) habiendo los esposos R. G. comprado dicho piso confiando de buena fe en lo que el Registro publicaba, para dichos terceros adquirentes el vendedor don L. P. M. era el dueño del piso, según el Registro, siendo precisamente la adquisición *a non domino* la manifestación característica de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el transmitente (titular según el Registro) no fuera dueño del piso, a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro) de la subasta por la que había adquirido el referido piso. (...) la buena fe exigida por el artículo 34 LH, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro o, lo que es lo mismo, en la ignorancia o desconocimiento por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

La jurisprudencia que invoca el recurrente, contenida no sólo en la única sentencia que cita, sino en otras muchas más (como las de 18 de marzo de 1987, 23 de mayo y 17 de octubre de 1989, 24 de octubre de 1994, 25 de julio de 1996) proclama, efectivamente, que para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34 LH, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. **(STS de 19 de octubre de 1998; no ha lugar.)**

HECHOS.—El matrimonio M. era propietario de un piso gravado con hipoteca. En 1981 lo venden a G. M. con la carga mencionada reteniendo éste parte del precio para levantar la hipoteca en cuya obligación de pago se subrogó. La adquisición no se inscribe. En 1988 el acreedor hipotecario promueve la ejecución de la garantía aprobándose el remate a favor de L. P. M., quien inscribe su adquisición en 30 de mayo de 1989. En esa misma fecha el Juzgado dictó un auto por el que declaraba la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento judicial sumario seguido retrotrayendo las actuaciones a la fecha de 27 de octubre de 1988 en la que se había acordado dar cuenta a la parte actora de no haberse podido practicar el requerimiento de pago a los demandados (el matrimonio M.) en el domicilio señalado por éstos. Este auto no fue notificado a L. P. M. hasta el 29 de junio de 1989. Mientras tanto, con fecha 2 de junio de 1989, L. P. M. había vendido el piso a M. R. G. quien lo inscribe el 13 de junio de 1989 para su sociedad de gananciales. Sobre estos antecedentes se promueven dos pleitos: en uno, el matrimonio R. G. interpone acción reivindicatoria contra G. M. y su mujer, quienes reconviene; en el otro, G. M. ejercita acción contradictoria de dominio contra L. P. M. y declarativa de dominio frente al matrimonio R. G. Los pleitos se acumulan estimando el Juzgado la reivindicatoria de los esposos R. G. al considerarlos terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral. La Audiencia confirma la sentencia del

Juzgado. Interpone el recurso de casación G. M. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

60. Prevalencia de la realidad extrarregistral sobre la tabular: juego de la usucapación *contra tabulas*.—El motivo debe prevalecer porque, con base a las circunstancias fácticas especificadas en el FJ 3.º de la primera sentencia, que se puede dar por reproducida y que dice así: «...la parte actora, pretende la titularidad del local objeto de la *litis* en base a la presunción de veracidad que le otorga la inscripción de obra nueva en el Registro de la Propiedad y a la calificación que en dicha escritura se da al local como elemento común; la parte demandada, centra su actividad probatoria en intentar acreditar la realidad extrarregistral que es la que ha de prevalecer sobre la otra en caso de antinomia entre las dos realidades jurídicas, y ante la imposibilidad de obtener datos de una persona ya fallecida, excepciona la prescripción adquisitiva *contra tabulas* por concurrir los requisitos exigidos al efecto; así, concurren indudablemente la buena fe, que ni siquiera fue cuestionada por la parte actora, y que concurre tanto en el causante como en los herederos aquí demandados; se acredita también en la posesión en concepto de dueño, que se vino ejerciendo desde el principio (1963) mediante actos de disposición tales como el arriendo del local en diversas ocasiones, pago de gastos de comunidad, abono de impuestos y tasas, etc., siendo dicha posesión pública e ininterrumpida como se acredita tanto por los recibos de comunidad y el registro de hacienda y el catastro, como por el propio reconocimiento de parte actora en su escrito de demanda; mayores dificultades presenta el requisito de justo título, que según la doctrina, se constituye en criterio de legalidad e implica la validez de los medios admitidos en derecho para justificar la esencia de la usucapación, constituyendo título para justificar la posesión *ad usucapionem*, no solamente la compraventa, donación transacción, etc., sino también otros documentos que atribuyen el criterio de legalidad; en el presente caso, el testamento de 15 de julio de 1982, se constituye en criterio de legalidad suficiente, y es título idóneo seguido en lo necesario del modo o tradición; y aun sin añadir para el cómputo de la prescripción el tiempo ganado por el causante que inscribió la finca objeto de *litis* en el Registro Público del Catastro en 1974, la fecha del testamento es suficiente y válida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1957 CC, no habiendo interrumpido en ningún momento la actora el plazo de dos meses a que hace referencia el artículo 1947 CC, pues la papeleta de conciliación fue presentada en abril de 1992, el acto de conciliación se celebró el 8 de junio de 1992 y la demanda origen del presente procedimiento fue recibida en este juzgado y admitida a trámite el 17 de noviembre de 1992, transcurriendo sobradamente el plazo de dos meses tanto desde la presentación de la papeleta de conciliación, como desde la celebración del acto de conciliación, así que por todo lo expuesto, ha de concluirse que al haber operado la prescripción adquisitiva *contra tabulas* por concurrir todos los requisitos, procede la desestimación de la demanda»; ha de concluirse que los argumentos de apoyo de la parte demandada hoy recurrente se basan, literalmente, en una realidad extrarregistral que ha de prevalecer frente a la registral pues, en el caso de autos, concurren los requisitos exigidos para esa, supuesta, prescripción adquisitiva *contra tabulas*, en virtud de esas circunstancias, ya que hasta la propia Sala sentenciadora, no discrepa del soporte material de las mismas, con independencia de cual sea el juicio de valor emitido por la misma, lo que demuestra una realidad posesoria *ad usucapionem*, —como se desarrolla en el motivo siguiente— que, en

todo caso, deberá imperar frente a la posible titularidad formal que se cita, según su título constitutivo, a favor de la Comunidad de propietarios.

(...) el motivo igualmente prospera ya que, efectivamente, las circunstancias que se indican han quedado perfectamente acreditadas por la precedente transcripción del FJ 3.º de la primera sentencia no desvirtuada por la recurrida, en donde se demuestran unos hechos relativos a la posesión en concepto de dueño, pacífica, pública y no interrumpida, durante el tiempo preciso para la usucapión, sobre todo, la prevista en el artículo 1957 CC, y así en efecto destaca: que la posesión de los recurrentes era la auténtica *ad usucapionem* porque al amparo del artículo 1957 CC, prevalece en los términos que luego se refiere sobre el artículo 36 a) LH, a saber: en torno a la exigencia del artículo 447 CC, o sea:

1) Posesión en concepto de dueño: desde la construcción del edificio por su promotor en 1963 y otorgamiento de escritura, constitución Comunidad en 12 de junio de 1993.

2) En esta escritura consta además que el local controvertido se describe, no como un elemento común, sino como «rellano de uso común» para guardar coches de niños y bicicletas; así la propia actora habla de un elemento común por destino en el F J 2.º de su demanda; luego perfectamente adaptable al uso exclusivo de los demandados como se describe.

3) Concurren los requisitos del artículo 1951 CC, o sea posesión de buena fe, pública, pacífica y no interrumpida.

Por disfrute desde esa fecha y con tales circunstancias, a saber: arrendado el local (último arrendamiento de 1 de enero de 1982), pago de impuestos y constatación catastral desde 1974; aquiescencia de la Comunidad a esta posesión como se reconoce en la propia demanda durante el dilatado lapso de tiempo...y así es expresivo el citado Hecho primero de la demanda: «...desde la constitución de la Comunidad de Propietarios del mencionado edificio, se vino considerando por todos los sucesivos copropietarios como a un propietario más a don M. M. E. respecto de un local existente en la entreplanta o rellano del portal. Dicho hueco fue utilizado por éste en tanto se procedía a la venta de los distintos predios que configuran el edificio, como oficina de obra, ya que a la vez y como se dijo fue el constructor del mismo. Con posterioridad, siguió siendo utilizado por éste que incluso llegó a alquilarlo a terceras personas. Fallecido el constructor, su esposa y demás herederos, continuaron detentando el uso del mencionado hueco hasta la actualidad, subrogándose en los derechos que se atribuyó el fallecido...».

4) Por último en cuanto al justo título del artículo 1957 en relación con el 1952 CC, es claro que se integra por esa actuación posesoria legitimadora de un derecho exclusivo, indiscutible, si bien, su defecto en pos a su constitución como título determinante de la propiedad privativa de los recurrentes, se obtiene por el lapso en ese disfrute en pos a la asunción dominical *ad usucapionem*. (STS de 30 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Una Comunidad de propietarios ejercita acción reivindicatoria frente a los vecinos que utilizan una entreplanta del edificio sosteniendo que la entreplanta es elemento común del inmueble por lo que, en cuanto tal, pertenece a los dueños de los pisos y locales del edificio. La demanda se desestima. Se admite el recurso de apelación. Ha lugar al recurso de casación en cuanto se entiende, con el Juzgado, que los demandados consumaron una usucapión *contra tabulas*. (R. G. S.)

61. Principio de legitimación registral. Consecuencias en la esfera del proceso: artículo 38.2 LH.—En el motivo tercero se denuncia infracción del artículo 38, párrafo segundo, LH, y en su alegato, la recurrente viene a sostener, en esencia, que al haber los actores ejercitado en este proceso una acción contradictoria del derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, deberían haber pretendido también, previamente, a la vez, la cancelación del asiento correspondiente, por lo que, al no haberlo hecho así, dice la recurrente, la demanda no debe prosperar.

El expresado e insólito motivo también ha de ser desestimado, por las razones que se exponen a continuación. En el proceso a que este recurso se refiere, los actores no han ejercitado ninguna acción contradictoria de ningún derecho real inscrito, sino que, partiendo de la existencia y validez de dicho derecho real, concretamente una hipoteca, se han limitado a postular que se declare que los esposos demandados están obligados a liberar la finca propiedad de ellos (de los actores) de la carga hipotecaria que impusieron sobre ella, liberación que obviamente habrán de hacer pagando al acreedor hipotecario el importe del préstamo que de él recibieron en garantía de cuyo pago constituyeron la referida hipoteca. Por otro lado, aun en el supuesto de que, a efectos meramente dialécticos, se admitiera que la acción ejercitada por los actores es contradictoria de un derecho real inscrito, no podría en ningún caso desconocerse que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala (SS de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 23 y 26 de enero y 3 de junio de 1989, 30 de septiembre de 1991, 9 de octubre y 1 de diciembre de 1995, entre otras muchas), matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral correspondiente, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscritos a nombre de otro en el Registro de la Propiedad sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical o al derecho real correspondiente. (STS de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio N. adquiere en 1982 una vivienda unifamiliar. Se les deniega la inscripción en el Registro por estar ya el inmueble inscrito a nombre de don C. R., casado con doña M. P. C. La empresa vendedora reconoce la existencia de un error al haber consignado en la escritura de la compraventa celebrada en 1978 por los esposos R. que la finca adquirida por éstos era la que en realidad pertenece al matrimonio N. El error se subsana pero cuando los N. pretenden nuevamente inscribir su adquisición se encuentran con que sobre el inmueble pesa una hipoteca constituida en 1979 en garantía de un préstamo que la *Caja General de Ahorros de Canarias* ha concedido a los R. Incoan entonces un proceso judicial con el fin de que se declare la nulidad de la compraventa de 1978 y de la hipoteca de 1979. El proceso culmina en un recurso de casación

que interpone la Caja y que el TS estima, declarando la validez de compraventa e hipoteca, sin perjuicio de la rectificación ya mencionada que en ningún caso puede afectar al acreedor hipotecario. Mientras tanto, en 1983, el matrimonio R. ha pactado el régimen de separación de bienes siendo adjudicada la finca sobre la que recae la hipoteca a la mujer. Con base en estos antecedentes, el matrimonio N. demanda a los esposos R. solicitando se dicte sentencia por la que se les condene a levantar la carga hipotecaria que grava la finca de su propiedad o subsidiariamente a soportar que se efectúe a su costa. El Juzgado accede a lo pedido y la Audiencia confirma su resolución. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

62. Embargo de vivienda familiar en régimen de separación de bienes.—La cuestión a debatir en estos supuestos es si la vivienda es bien privativo del cónyuge no embargado o es bien ganancial; sin embargo, ha de rechazarse la solución «intermedia» en el sentido de declarar la vivienda litigiosa perteneciente en copropiedad, por mitad, a los dos esposos. Dicha solución deberá ser rechazada.

Tercería de dominio.—La finalidad que encierra dicha institución es la de liberar de un embargo a determinado bien, «que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trabó el presente embargo». La prueba por uno de los cónyuges de la naturaleza de un bien como privativo no ha de centrarse exclusivamente en la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad; ello no puede impedir, al no poseer carácter constitutivo, que se utilicen otros medios probatorios que acrediten la mencionada naturaleza (anotación en el Registro Civil). (STS 28 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio don Manuel G. C. y doña Carmen A. A. otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales en abril de 1985, en la que estipularon el régimen de separación de bienes, inscribiendo un mes más tarde en el Registro Civil. Posteriormente, en febrero de 1986, mediante documento privado, don Manuel celebró contrato de compraventa con don Antonio L. M. por el que el segundo vendía vivienda unifamiliar. En documento privado posterior (julio del mismo año) acordaron anular el contrato sin proceder ningún tipo de reclamación. En agosto, se celebró mediante escritura pública, contrato de compraventa entre doña Carmen y don Antonio sobre la misma vivienda, siendo inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. En febrero de 1987, don Manuel obtiene del Banco H. A. préstamo personal de millón de pesetas, cuya primera cuota no paga, por lo cual fue embargada la vivienda familiar. Ante ello, doña Carmen dirigió escrito al Registro solicitando hacer constar en la inscripción el carácter privativo del bien, ya que en la escritura pública de compraventa omitió la existencia de la separación de bienes. La misma presentó demanda

de tercera de dominio contra Banco H. A. que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia. Apelada la sentencia, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declarando que la vivienda litigiosa pertenecía en condominio por partes iguales a los esposos. Se recurre en casación ante el TS.

NOTA.—Encontramos decisiones jurisprudenciales dispares en torno a la postura de considerar el bien conyugal como copropiedad. Así, la sentencia de 28 de abril de 1997 afirma que «el régimen de separación de bienes no resulta impeditivo para que pueda surgir entre los esposos, comunidad postmatrimonial de bienes, cuyo régimen es el de cualquier conjunto de cosas en en cotitularidad ordinaria y en el que cada cónyuge conserva una cuota, bien concreta o abstracta, sobre el *totum* del haber patrimonial común». Por otro lado, la sentencia de 7 de noviembre del mismo año estableció que para que subsistiese el embargo trabado en un bien privativo, adquirido tras una disolución del régimen de gananciales, era necesaria la acreditación de subrogación real de los bienes. Los acreedores en estos casos poseen la facultad de pedir e intervenir en la liquidación, sin embargo se les niega «que puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga cualquier titular», refiriéndose el Tribunal en un caso en el que se embargó un bien privativo, adquirido más de cuatro años después de disuelta la sociedad de gananciales. (P. S. S.)

63. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Proposición y práctica de la prueba.—En sentido amplio, las acciones de reclamación son las acciones de filiación que tienen por fin la afirmación de determinada paternidad o maternidad, y comprende tanto las que persiguen la declaración de la realidad de la filiación, como proclamar la existencia y validez de un título de legitimación, acompañadas de la correspondiente modificación de la inscripción del Registro civil (Peña Bernaldo de Quirós: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984). Los artículos 127 y 131 CC, de acuerdo con la Constitución (art. 39), hacen posible la investigación de la paternidad y maternidad. Permitir la investigación no significa que, a voluntad de cualquier sujeto, puedan llevarse sin límite a los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Para ello es necesario que la parte demandante presente un principio de prueba «de los hechos en que se funde» (art. 127 CC; igualmente STS de 3 de octubre de 1998).

Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. No puede entenderse como *facta confessio*, sino como simple indicio.—En la investigación de la filiación, es doctrina consolidada aquella que entiende que, en orden a la interpretación del artículo 135 CC, son admisibles dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas entre las que figuran las clínicas; y las indirectas o presuntivas. La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordene llevar a cabo un reconocimiento hematológico del demandado, no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, cuando reúna los requisitos delineados por la jurisprudencia, al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE: en primer lugar, que no sean degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; en segundo

lugar, que exista una causa que justifique la medida judicial (en este caso, no sólo el art. 127 CC, sino también el mandato contenido en el art. 39 CE); en tercer lugar, que sea indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos; en cuarto lugar, que no suponga para el que ha de soportarla, un grave riesgo o quebranto para la salud; y, por último, que exista proporción entre la intromisión, y la finalidad a la que sirve, ponderación que ha de plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida. Cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios, menos lesivos para la integridad física, no está el órgano judicial autorizado para disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. (FJ 3.º STC 7/1994, de 17 de enero).

En los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos sucesorios y de alimentos de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE. El TC ha declarado (SSTC 227/1991, FJ 5.º; y 7/1994, FJ 6.º), que, en los supuestos en los que, en el curso de un proceso, las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, existe la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales (art. 118 CE), y dicha parte debe aportar los datos requeridos. Los obstáculos y dificultades puestos por la parte, que tiene en su mano acreditar los hechos, sin causa que lo justifique, pueda repercutir en perjuicio de la contraparte. Sin embargo, en el campo de las acciones de filiación, la falta de colaboración del presunto padre no puede considerarse como *facta confessio* (STC 7/1994, de 17 de enero; SSTs de 18 de mayo y 20 de diciembre de 1994; 23 de diciembre de 1996; 23 de junio y 21 de julio y 19 de noviembre de 1997; 28 de febrero, 13 de marzo y 22 de junio de 1998). Es un indicio valorable que, acompañado de otros medios, puede ser nexo de la presunción (SSTs de 13 de diciembre de 1994; y 26 de julio de 1996) pero por sí solo carece de carácter de prueba tasada. (vid. O'Callaghan, X: «La acción de investigación de la paternidad en la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pp. 525 y ss.) (STs de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Mercedes V. M. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Jesús E. R., reclamando la filiación de su hijo menor Héctor, nacido en agosto de 1992, habida cuenta de la relación sentimental que ambos habían mantenido y del hecho de que, al tiempo de la concepción del menor, convivían maritalmente. Igualmente solicitó su inscripción en el Registro civil con los apellidos E. y V., por ser los de su padre y madre, respectivamente, así como el pago mensual de la cantidad de 50.000 pesetas en concepto de alimentos. Propuesta por la parte actora la práctica de la prueba pericial biológica (análisis sanguíneo sobre las probabilidades de paternidad, según la escala de Hummel), las partes designaron como perito a doña Marina M. P., Titular de Biología Celular de la UPV. Por dos veces fue citado el demandado para la práctica de dicha prueba, sin que compareciera en ninguna de ellas. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la petición de la demandante (sólo redujo la cuantía de la pensión alimenticia a 40.000 ptas). Desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, el demandado interpuso recurso de casación, alegando infracción de la normativa procesal relativa a la prueba, y de la jurisprudencia aplicable al caso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el TS reitera su jurisprudencia acerca de la negativa del demandado a someterse a las pruebas sanguíneas necesarias para poder determinar la filiación del demandante en cuanto al demandado. La parte demandada alegó, como motivo por el cual se negó a la práctica de la prueba sanguínea necesaria, la circunstancia de su no intervención en la designación del perito correspondiente, y por tanto, la limitación que se ha producido en sus medios de defensa, lo que le produjo indefensión y violación del principio de igualdad de las partes. Igualmente alegó la falta de justificación en cuanto a la ampliación del plazo para la práctica de la prueba. El TS declara al respecto que, dicha ampliación, está justificada por las circunstancias concurrentes, ya que el demandado no se había presentado, por dos veces, para la práctica de las pruebas. (*R. D. O.*)

64. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Presupuestos del artículo 135 CC.—El artículo 135 CC, de marcado carácter procesal, establece dos clases de medios de prueba acreditativas de la filiación, cuales son las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, como la posesión de estado o la convivencia marital al tiempo de la concepción (FJ 1.º, STS de 24 de octubre de 1998). Las pruebas biológicas son las de mayor fiabilidad, y en supuestos en los que de las mismas se deriva un 99,99 % de posibilidades, se entiende demostrada la filiación (SSTS de 19 de septiembre de 1998; 7 de marzo de 1998). En cuanto a las pruebas indirectas o presuntivas, es necesario que el nexo presuntivo entre el hecho demostrado, en este caso, el nacimiento de un niño, y aquel que se trate de deducir, intervención del demandado en la concepción, haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC). Estas pruebas, posesión de estado, convivencia al tiempo de la concepción, confesiones de los familiares, fotografías, relaciones sexuales en ese tiempo, etc., individualmente consideradas, no pueden ser tenidas en cuenta como pruebas tasadas, sino que ha de venir acompañadas de otros medios de prueba.

Negativa del demandado a someterse a las pruebas de paternidad. Enfermedad mental del demandado: psicosis paranoide.—La jurisprudencia del TC tiene declarado que, en materia de filiación, la clave de la cuestión no está en el sometimiento del demandado a la prueba biológica propuesta por la parte demandante, sino el sometimiento del mismo a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba. En fase de admisión de la demanda, es necesario la presentación de un principio de prueba «de los hechos en que se funda» (art. 127.2 CC), y que éstas no sean «impertinentes o inútiles» (art. 566 LEC). Una vez decidida por el Juzgado, el afectado está obligado a facilitar su práctica, no sólo por los deberes fundamentales de buena fe y lealtad procesal, y de prestar colaboración con los Tribunales (art. 118 CE), sino por «el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)» (FJ 4, STC 7/1994, de 17 de enero).

La resolución judicial que ordena la práctica de la prueba hematológica, no supone, en principio, una vulneración de los derechos a la integridad e intimidad del demandado, cuando reúna los requisitos delineados por la jurisprudencia del TC al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE.

En primer lugar, que la intromisión, no sea por sí, inaceptable. Un examen de sangre realizado por un profesional de la medicina y en circunstancias adecuadas (STC 103/1985), no constituye, *per se*, una injerencia prohibida (FJ 3.º, STC 103/1985); y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 1987, no constituye una violación del pudor o recato de una persona (FJ 3.º, ATC 221/1990). En segundo lugar, debe existir una causa previa que lo justifique, cual es, el mandato constitucional del artículo 39.2 CE. En tercer lugar, que dichas pruebas sean indispensables para alcanzar fines constitucionalmente protegidos. En cuarto lugar, la medida judicial ha de ser proporcional entre la intromisión que conlleva y los fines a alcanzar. Por último, el Juez «no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud», física o psíquica (FJ 3.º, STC 7/1994, de 17 de enero). (STS de 26 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Ana C. F., como representante legal de su hijo menor Manuel C. F., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando se declarase la paternidad de don Miguel M. S. con respecto a su hijo. Mediante prueba de confesión reconoció el demandado dos encuentros esporádicos en la carretera con la demandante. El Juzgado de Primera Instancia, ante la negativa de don Miguel a la práctica de las pruebas clínicas correspondientes, unida a la confesión que prestó el demandado y a la prueba testifical suministrada por parientes próximos (padres, hermanos y otros), afirmando la existencia de una relación sentimental entre ambos, dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial, procedió a la revocación de la misma. La representación de doña Ana interpuso recurso de casación, alegando infracción de los artículos 135 y 1253, ambos del CC.

NOTA.—Negada por la jurisprudencia, tanto del TS, como del TC (STC 7/1994, de 17 de enero), el carácter de *ficta confessio* de la negativa del demandado a someterse a las pruebas hematológicas de paternidad, en el supuesto que anotamos, la clave está no en la negativa del demandado a someterse a la resolución judicial que ordena la práctica de la misma, sino a la intromisión que supone en la intimidad del sujeto y el perjuicio para su salud mental que se deriva de la práctica de la prueba. Los derechos fundamentales que entran en colisión en este supuesto son el derecho a no discriminación, por razón del nacimiento, y el derecho a la vida y a la integridad, en este caso, la integridad psíquica del demandado. La práctica de dicha prueba parece que se pone en relación con el peligro que, para la estabilidad psíquica del demandado, se pueda derivar, habida cuenta de la psicosis paranoide que padece, puesto que, como ya se ha indicado «no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud», física o psíquica (FJ 3.º, STC 7/1994, de 17 de enero). (R. D. O.)

65. Artículo 127 CC. Libre investigación de la paternidad.—Dicho artículo posibilita la utilización de procedimientos para conocer una realidad

genética, lo que permite a los Tribunales, en defensa de los intereses materiales y morales del hijo, prevalerse de cualquiera de los sistemas previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social, en especial de los sistemas de investigación genética. De modo que, desarrollando el artículo 39.2 CE, se introduce en nuestro Derecho «la posibilidad de la determinación de ciertos vínculos familiares, a través de una prueba pericial cuyo núcleo esencial son ciertas pruebas biológicas».

Acceso a casación de la valoración de la prueba pericial. Valoración de la concreta prueba biológica practicada.—En principio, la valoración de la prueba procesal de peritos está privada del acceso casacional, pues el juzgador *a quo* goza de la libertad que le conceden los artículos 1243 CC y 632 LEC (los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según la regla de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de los peritos). Ahora bien, cabe casar tal valoración en casos de error notorio, lo que sólo ocurrirá cuando el juzgador *a quo* tergiversase ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas. Ninguna de estas tachas se aprecia en la valoración de la prueba biológica efectuada, según la cual el demandado, recurrente en casación, tiene 98,871553 por ciento de probabilidad de ser el padre de la persona en cuestión. (STS de 5 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a L. C. C. D., madre del menor A. C. D., interpuso acción de reclamación de paternidad frente a don F. G. C., solicitando a su vez que se condenase al demandado a abonar a la actora, en concepto de alimentos para dicho menor, la cantidad de cien mil pesetas mensuales. El Juzgado de Primera Instancia, que acordó la prueba biológica realizada como diligencia para mejor proveer, estima parcialmente la demanda, pues si bien declara que A. C. D. es hijo del demandado, condena a éste a abonar a la actora treinta mil pesetas mensuales. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, desestimando los recursos interpuestos. (S. Q. M.)

66. Acción de reclamación de filiación. Medios de prueba: posesión de estado.—En los juicios sobre filiación, el artículo 127 CC permite la utilización de «toda clase de pruebas» para la investigación de la paternidad o maternidad con respecto a un sujeto. En orden a la interpretación del artículo 135 CC, es reiterada y uniforme la doctrina del TS, admitiendo dos tipos de prueba acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (sobre las distintas pruebas biológicas, Cordero Cutillas, I.: «Investigación de la paternidad en los procesos de filiación», *Actualidad Civil*, 1994-2, XXI). Como prueba de presunción, tiene operatividad cuando falten pruebas directas u objetivas (SSTS de 12 de febrero y 2 de abril de 1985), y para su libre valoración por el Juez «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC).

La enumeración de pruebas presuntivas contenidas en el artículo 135 es abierta o *ad exemplum*. Entre ellas, la *posesión de estado*, *possesio filiationis*, como situación fáctica singular, es el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural (SSTS de 29 de mayo de 1984; 5 de

noviembre de 1987, 3 y 17 de marzo, y 7 de diciembre de 1988; 20 de diciembre de 1991; 18 de febrero, 17 de marzo, 17 de junio y 14 de noviembre de 1992; 18 de mayo de 1993; 2 de marzo y 16 de julio de 1994; y 8 de mayo de 1995). Según el artículo 113 CC, la filiación se acredita, a falta de otros títulos de legitimación, por la posesión de estado. Este concepto se forma por actos directos del mismo padre y/o de su familia, y en la apreciación de su existencia o inexistencia por los tribunales de instancia, se atiende a los tres signos clásicos de la posesión de estado: *nomen*, *tractatus* y fama. Tradicionalmente, el *nomen* era referido, por la doctrina, al hecho de ser designado por el padre (o parientes) con la denominación «hijo». En la actualidad, el requisito del *nomen* es referido al uso del apellido paterno (o materno, según los casos). La *fama*, o *reputatio*, consiste en el hecho de ser el hijo reputado social y familiarmente como tal. Y el *tractatus*, es de los tres requisitos, el más importante y se refiere al comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno filial: autoridad paterna, alimentos, educación, compañía, etc. (vid. Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, Madrid 1984, p. 842).

Exceptio plurium concubentium.—La *exceptio plurium concubentium*, es decir, la existencia de cohabitación de la mujer con otros hombres durante la época de la concepción, no está expresamente contemplada en el Código Civil. La jurisprudencia del TS ha sido oscilante en este punto, admitiéndola en algunas ocasiones (SSTS de 14 de noviembre de 1987, y de 27 de junio de 1988); y otras, rechazándolas (SSTS de 27 de junio de 1987, 8 de julio de 1991 y la que en estas líneas anotamos). Carece de valor de prueba tasada, aunque nada impide que el Juez la valore y valore libremente. Demostrada de forma notoria y manifiesta que durante el tiempo de la concepción, la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero, a este último no puede obligársele al sometimiento a las pruebas. Las acciones de filiación, tanto la de impugnación como la de reclamación, son acciones de estado, donde el legislador ha tasado las personas legitimadas activa y pasivamente. Ni siquiera el Juez, mediante las diligencias para mejor proveer puede ordenarlas (vid. al respecto, Lledo Yagüe: «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación». *La Ley* 1986-1, p. 1080; Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, Madrid 1984, p. 956). **(STS de 24 de octubre de 1998; no ha lugar.)**

HECHOS.—Doña Claudia D. B., y don Manuel M. L., mantuvieron, durante cierto tiempo, una intermitente relación sentimental. En dichos períodos, don Manuel también prestaba ayuda económica a doña Claudia y a sus tres hijos. Uno de dichos menores, en concreto Marta D. B., figuró inscrita en su centro escolar, durante el curso 1985-1986, como hija de don Manuel, haciéndose igualmente cargo del pago de los respectivos recibos escolares. Doña Claudia, como representante legal de su hija menor de edad, doña Marta D. B., interpuso demanda contra don Manuel M. L., solicitando que se declarase la paternidad de éste respecto de su expresada hija. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los herederos de don Manuel M. L. Interpuesto recurso de apelación fue igualmente desestimado. La representación de doña Claudia, interpuso recurso de casación, alegando infracción del artículo 135 CC.

NOTA.—La posesión de estado, como título de legitimación de la filiación de carácter subsidiario, *ex* artículo 113 CC, tiene el mismo valor que los demás títulos de legitimación, sin perjuicio de la facultad reconocida al Juez, en el artículo 135 CC, de declarar o no la filiación que de la posesión de estado se infiere. Ha desaparecido, con relación a los antiguos artículos 135 y 136 CC, en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, la mención expresa al requisito de la continuidad. Sin embargo, dicha omisión no es óbice para que no se exija cierta permanencia, puesto que, como tal situación de hecho, sólo tiene valor mientras persiste la realidad fáctica en que tal posesión de estado consiste. En la sentencia que anotamos, los elementos han operado como distorsionadores de la posesión de estado de don Manuel con respecto a la menor Marta D. B.: que el mismo trato afectivo y económico recibían los demás hermanos de la menor; y la falta de permanencia de la «fama», pues sólo durante un año académico, externamente figuró inscrita en el colegio como hija de don Manuel.

Por lo que respecta a la *exceptio plurium concubentium*, el TS reitera su doctrina en el sentido de negarle fuerza de prueba tasada, propugnando su valoración y ponderación libre por el Juzgador, pero en consonancia con el resto de las pruebas (STS de 21 de marzo de 1996) (*R. D. O.*)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Nulidad de testamento mancomunado. Su valor como reconocimiento de deuda mediante documento privado.—«La calificación como disposición testamentaria es inaceptable: se trataría de un testamento ológrafo epistolar, pero como testamento sería nulo (art. 6.3 CC) por infringir la norma prohibitiva del artículo 669 CC del testamento mancomunado pues dos personas —marido y mujer— testan a favor del demandante; como ológrafo, le faltaría el requisito de la autografía, que exigen los artículos 678 y 688 CC ya que el texto original se halla escrito a máquina».

«El reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de la existencia de causa del artículo 1277 CC y el autor, autores o causahabientes en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido (...); a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido».

«En nuestro Derecho no se admite el negocio jurídico abstracto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, al reconocimiento de deuda, negocio jurídico unilateral que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le ha admitido por la doctrina y jurisprudencia el efecto material de quedar obligado al cumplimiento, por

razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida y el efecto procesal, de la dispensa de la prueba de la relación obligacional preexistente».

Obligación alternativa con atribución de la facultad de elección al acreedor.—La deuda reconocida consiste en una obligación alternativa con atribución de la facultad de elección al acreedor y con posposición de la obligación de cumplir al momento del fallecimiento del obligado que reconoce la deuda.

Interpretación de los contratos como facultad exclusiva del tribunal a quo.—«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». (STS de 28 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Jesús B. E. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Purificación F. P. en la que se solicitaba se declarase, entre otros extremos, su propiedad sobre determinadas fincas, y subsidiariamente, se solicitaba se condenase a la demandada a cumplir la voluntad de su causante, doña Julia F. P., en orden a la entrega al demandante de dichas fincas. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada y absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la sentencia y condenó a la demandada a entregar al demandante en propiedad las fincas litigiosas. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Llama especialmente la atención en el presente caso que el Juzgado de Primera Instancia califique una carta escrita a máquina y firmada por marido y mujer como testamento ológrafo, lo que es rechazado por la Audiencia Provincial de Madrid y mantenido en casación. En efecto, la nulidad como testamento de aquella carta queda fuera de toda duda desde el momento en que está firmada por ambos cónyuges, contraviniendo así la prohibición del artículo 669 de nuestro Código Civil relativa a los testamentos mancomunados. Esto debiera haber sido suficiente para no admitir una tal disposición testamentaria, pero, a mayor abundamiento, el texto de la carta está escrito a máquina, extremo éste que, como dice la sentencia, acarrearía su invalidez por no cumplirse el requisito de la autografía que exigen los artículos 678 y 688 CC.

Lo anterior, no impide, sin embargo, que la carta pueda valer como un documento que prueba el reconocimiento de una deuda contraída anteriormente por ambos cónyuges frente al demandante, teniendo en cuenta sobre todo las palabras literales de la carta: «(...) creemos que de esta forma quedas compensado de todo lo que te debíamos» (SS de 11 de marzo y 30 de septiembre de 1993, 14 de octubre de 1994 y 22 de julio de 1996). En relación a este reconocimiento de deuda, la presente sentencia sigue la tesis minoritaria en la jurisprudencia al configurarlo como un negocio jurídico unilateral (en el mismo sentido, la S de 5 de mayo de 1998 del mismo Ponente), frente a la mayoritaria, partidaria de su carácter contractual (SS de 23 de febrero y 3 de septiembre de 1997 y 13 de febrero

de 1998), aunque sí se reitera la idea del negocio de reconocimiento como «voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente», no siendo un negocio abstracto, sino al que le es aplicable la presunción de existencia y licitud de causa del artículo 1277 CC, además de servir como medio de prueba. La deuda reconocida consiste en una obligación alternativa (quinientas mil pesetas o cinco fincas) con atribución de la facultad de elección al acreedor, debiendo entenderse conforme a lo pedido en la demanda que opta por estas últimas. (A. G. C.)

68. Incapacidad para testar: alcance de la expresión «cabal juicio» (art. 663 CC). Efectos de la declaración judicial de incapacidad.—El artículo 663 CC emplea la expresión *cabal juicio*, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, si resulta lo suficientemente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (art. 200 CC). El precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (S de 22 de junio de 1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. fue declarada incapaz por medio de auto de 9 de julio de 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal es también significativa, en cuanto que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el *iter* del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente. La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad, juega a efectos de la ineficacia de la *presunción de capacidad* para testar del artículo 662, —*favor testamenti*—, que cabe ser destruida por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (SS de 12 de mayo de 1962, 13 de octubre de 1990, 30 de noviembre de 1991, 10 de febrero y 8 de junio de 1994); prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad (SS de 10 de abril de 1987 y 26 de septiembre de 1988).

Exigencia del artículo 666 CC a efectos de apreciar la capacidad del testador. Médicos que actúan como testigos instrumentales: alcance de su intervención.—Se aporta infringido el artículo 666 CC, en cuanto se argumenta que el Tribunal de apelación tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores, que se relatan en el FD 5.º de la sentencia. La decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que, al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía de tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad, ya que actúan corroborando la prueba pericial, que fue debidamente estudiada y atendida, la que resulta trascendental en estos casos, cuando se trata de precisar el estado mental de las personas naturales, pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que respondan a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo. El precepto citado no ha sido infringido. No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lúcido, que ha de reunir los requisitos

del artículo 665 CC. El hecho de que en el abierto que dictó doña Salomé P. hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (arts. 694, 695, 696, 697 y 698 CC). La exigencia del referido artículo 666, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conformó, cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora que en este caso no lo apreció (SS de 27 de enero de 1978, 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 26 de septiembre de 1988), toda vez que concurre prueba bastante para mantener con la seguridad suficiente que la referida causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo se presentaría como súbita y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, de casi nulas posibilidades de recuperación.

Juicio notarial sobre la capacidad del testador. Deber de asesoramiento que incumbe al notario.—La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presumen asiste a todo testador. Cuando se requiere la presencia del notario para otorgar testamento, el fedatario se encuentra en un primer momento —es al que se refiere el art. 685— que le impone una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación con el acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata respecto a su idoneidad para poder testar. El texto legal utiliza el vocablo «procurar» que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (SS de 23 de marzo de 1940 y 21 de junio de 1986). La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas. Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace la constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 CC, al disponer que hará siempre constar el notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capaci-

dad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido. Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad. El juicio notarial de capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario que los Tribunales deben declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS de 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990, 24 de junio y 27 de noviembre de 1995, como las más recientes). (STS de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa del pleito que promueve la sobrina de la testadora. Ésta, hermana y heredera universal del pintor Benjamín Palencia, otorga testamento abierto en el centro psiquiátrico en el que está internada. La sobrina interesa del Juzgado sentencia por la que se declare la nulidad del testamento en razón de la incapacidad mental que aqueja a su tía. Accede el Juzgado a lo pedido confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. Conviene destacar que la normativa aplicable es la anterior a la reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991. (R. G. S.)

69. Validez del legado de bien ganancial aunque no se haya liquidado la sociedad: artículo 1380 CC.—Ante todo y como premisa indispensable hay que proclamar que en Aragón se rige el matrimonio por el sistema de comunidad restringida de bienes, por lo que se puede afirmar que existe una gran similitud entre este sistema patrimonial y el que regula el Código Civil con respecto al sistema de gananciales; pero se diferencia en ser la libertad voluntarista de estipulación todavía más absoluta y en ser la comunidad legal más amplia, pues tienen la consideración de bienes comunes no sólo los gananciales del Código Civil, sino, y en principio, además los bienes muebles, ya sean aportados al matrimonio o adquiridos después. En otras palabras, que las fincas —objeto del legado en cuestión—, tienen la consideración de bienes gananciales, como se define esta clase de bienes en el Código Civil. Pues bien, como correctamente se afirma en la sentencia recurrida, la cuestión de hecho anteriormente referida, se subsume perfectamente en el artículo 1380 CC. Dicho precepto, que procede de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, emblemática reforma, pues dio un giro copernicano con base en la Constitución Española, a la regulación tradicional que dicho Código otorgaba al derecho de familia, trata de conjugar los principios de las

normas sobre los legados testamentarios a las características nuevas de la sociedad de gananciales, cuando de una manera contundente establece que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos, siempre adjudicado a la herencia del testador. Y así es, efectivamente, porque, el bien ganancial legado, aunque sea indisponible para el testador al tiempo del otorgamiento, puede quedar plenamente integrado en el caudal hereditario. Así, en la presente contienda judicial, además de encontrarnos con una disposición testamentaria de uno de los esposos, la misma se refiere al legado de un bien ganancial concreto, aunque sea un legado de bien calificado como ganancial al tiempo del fallecimiento del testador —lo que supone que la referida sociedad de gananciales existía hasta dicho fallecimiento—. Todo lo cual hace que deba rechazarse la hipótesis casacional de este motivo, puesto que la interpretación dada al mencionado artículo 1380 CC, excluye la posibilidad de intervención de la validez que proclama el artículo 878.1 de dicho Cuerpo legal, así como de la proclamación de una restricción de la disponibilidad testamentaria del cónyuge sobre los bienes comunes de los gananciales que establece, con matizaciones, el artículo 1379 del tantas veces mencionado Código Civil. Con todo lo anterior, sólo se hace que seguirse lo proclamado en gran parte de la doctrina científica moderna, cuando dice que el artículo 1380 del Código Civil, permite que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial pese a que antes de la partición de la sociedad legal de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece. Ya que es obvio que la naturaleza y el régimen propio de la sociedad de gananciales conlleva que el otorgamiento del testamento, vigentes los gananciales, facilita extraordinariamente el caso de que cualquiera de los cónyuges pueda instituir legados sobre cosas que están en dicha sociedad y antes de su liquidación como ocurre en el presente caso. (STS de 28 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La base fáctica del recurso viene constituida por la existencia de unos legados sobre bienes calificados como gananciales que son adjudicados por la testadora a los hijos habidos con el cónyuge premuerto sin haberse liquidado ni adjudicado la herencia de éste. Dos de los hijos promueven la declaración de nulidad de los legados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia apelada y absuelve a los demandados. No ha lugar al recurso de casación que interponen los actores. (R. G. S.)

70. Los derechos hereditarios de un hijo natural reconocido según la legislación preconstitucional se rigen por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.—Parece que los recurrentes pretenden sostener que, al haberse producido la apertura de la sucesión en la fecha del fallecimiento del causante, los preceptos aplicables han de ser los artículos 807.3.º, 840 y 942 CC, en su redacción anterior a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, por lo que la cuota hereditaria que ha de corresponder al demandante (dada su condición de hijo natural reconocido, según la legislación anterior) parece que quieren decir los recurrentes, es la que señalan los preceptos últimamente citados (en su redacción anterior a la citada Ley) y no la que correspondería con arreglo a los artículos 807 y 931 CC en su redacción vigente. El expresado motivo no puede tener favorable acogida, ya que la

sentencia recurrida no ha entrado a examinar, ni resolver, el tema que ahora plantea este submotivo (...). No obstante ello, como quiera que dicho tema, con toda probabilidad pueda plantearse en fase de ejecución de sentencia (la que no es muy apropiada para la resolución del mismo), en evitación de ello, esta Sala se considera en el deber de puntualizar, sin que ello entrañe la estimación de este submotivo que, efectivamente, al haberse producido la apertura de la sucesión del causante con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (concretamente el 1 de marzo de 1949, fecha de fallecimiento del mismo), los derechos hereditarios del actor en la herencia del padre (como hijo natural reconocido del mismo, entonces) habrán de ser los que le corresponderían con arreglo a la legislación vigente en la referida fecha de apertura de la sucesión, conforme establece la DT 8.º de la citada Ley 11/1981 y según tiene declarado esta Sala (SS de 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990, 8 de noviembre de 1991, 28 de julio de 1995, entre otras).

La distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales es aplicable a los hijos nacidos antes de la entrada en vigor de la Constitución si la acción de filiación se promueve tras la vigencia de ésta.—No existiendo, en materia de filiación, después de la entrada en vigor de la Constitución, más distinción que la de hijos matrimoniales y no matrimoniales (aunque ambas con igualdad de derechos), dicha única distinción es también aplicable a los hijos nacidos antes de la entrada en vigor del texto constitucional, cuando su acción de filiación la promuevan después de la vigencia de la misma (STC de 20 de diciembre de 1982 y de esta Sala 1.ª del TS de 10 de marzo de 1987, 17 de marzo y 28 de julio de 1995, 24 de diciembre de 1996, entre otras), por lo que la calificación que la sentencia recurrida ha hecho del demandante como hijo no matrimonial de don A. F. V. es plenamente ajustada a Derecho, con la salvedad referente a sus derechos sucesorios.

La posesión de consuno, en común y *pro indiviso* de los bienes hereditarios no es hábil para la usucapión.—En su alegato, los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que habiendo ellos poseído los bienes hereditarios durante más de cuarenta años, en concepto de dueños de los mismos, ha de considerarse, dicen, que han adquirido el dominio de tales bienes por prescripción. El expresado motivo ha de ser desestimado, ya que los demandados (hijos matrimoniales de don A. F. V.), aquí recurrentes, han venido poseyendo los bienes integrantes de la herencia de su referido padre en concepto de herederos del mismo (aun sin haber obtenido siquiera su preceptiva declaración de herederos abintestato, lo que se realiza a través de este proceso, y, por tanto, sin haber practicado partición alguna de dicha herencia indivisa) y es reiterada doctrina de esta Sala (SS de 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 4 de abril de 1960, 13 de noviembre de 1969, 23 de junio de 1982, 20 de octubre de 1989, 18 de abril de 1994, entre otras) la de que cuando los bienes hereditarios se poseen de consuno, en común y *proindiviso* por los coherederos, dicha posesión no es hábil para que los mismos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia, según establece el artículo 1965 CC, cuya acción es la que ha ejercitado en este proceso el demandante, en su calidad de coheredero (hijo no matrimonial del causante). (STS de 6 de noviembre de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don José M.ª, hijo natural reconocido en 1920, reclama se le reconozca heredero *abintestato* de su padre, fallecido

en 1949 sin haber otorgado testamento. Reclama además la partición de la herencia –indivisa al tiempo de interponerse la demanda (1992)– y la adjudicación de la cuota que en ella le corresponda. El Juzgado accede a lo pedido y la Audiencia confirma la correspondiente sentencia. Interponen recurso de casación los cuatro hijos matrimoniales del padre fallecido. El TS lo estima parcialmente. (R. G. S.)

71. Créditos en favor de la comunidad hereditaria. Posición de los coherederos.—Los coherederos no son acreedores solidarios de los créditos cuya titularidad pertenece a la comunidad hereditaria. Por ello han de actuar conjuntamente o, de actuar uno solo de los coherederos, hacerlo en beneficio de la comunidad, no pudiendo por sí mismo transigir, renunciar o remitir el todo o una parte de una deuda perteneciente al acervo común. Los herederos sólo pueden realizar actos conservativos o de defensa de los bienes de la herencia y ejercitar las acciones correspondientes a la comunidad hereditaria siempre en beneficio de ésta, de acuerdo con las reglas que rigen la comunidad de bienes.

Artículo 1164 CC. Pago hecho de buena fe a quien está en posesión del crédito.—La buena fe de quien paga a un tercero que se encuentra en posesión del crédito no se presume, sino que ha de ser probada por quien realiza ese pago con el fin de quedar liberado, requiriéndose a estos efectos una apariencia razonable y objetivamente verosímil de legitimación del tercero que cobra. En consecuencia, no es alegable la buena fe cuando el deudor no actuó con la diligencia debida para constatar la legitimación para recibir el pago de la persona a quien se lo hizo, dado que el error no se funda en circunstancias objetivas. (STS de 17 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 3 de diciembre de 1991 empleados de *Aislamientos Extremeños, S. A.* causaron, de manera negligente, un incendio mientras trabajaban en el edificio y negocio de don J. R. G., quien tenía suscrita una póliza de seguro contra incendios con *La Vasco Navarra, S. A., Española de Seguros y Reaseguros*, la cual abonó por esta razón a sus herederas, su esposa y sus dos hijas, la cantidad de 6.355.633 pesetas. *Aislamientos Extremeños, S. A.* tenía a su vez concertada una póliza de responsabilidad civil con *Comercial Unión, S. A.* que cubría el siniestro, por lo que *La Vasco Navarra* ejercitó la acción de subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros contra aquélla y su asegurada, que fue declarada en rebeldía. *Comercial Unión* se opuso a pagar alegando que ya había indemnizado a los perjudicados y entre ellos a una de las hijas, heredera de don J. R. G., y su marido, quienes, habiéndose atribuido la propiedad en exclusiva del inmueble siniestrado, habían transigido a renunciar a cuantas acciones pudieran corresponderles a cambio de 17.500.000 pesetas, negándose a devolver a la aquí demandante la cantidad previamente recibida. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. (A. G. G.)

DERECHO MERCANTIL

72. Avituallamiento de buques y contrato de suministro.—El suministro de combustible para hacerse un buque a la mar se considera proporcionar avituallamiento a la nave y es, en consecuencia, subsumible en el artículo 952 CCO. Cuando el suministro no se facilita para un viaje, sino que se repite varias veces en un período de tiempo y en distintos puertos, las cargas de combustible se configuran como ventas a crédito sin establecer plazo para el pago, pudiendo calificarse como contrato de suministro con entregas sucesivas, a las que no se aplica el mencionado precepto.

Prescripción de la acción para exigir el cumplimiento del contrato de suministro.—Tratándose las partes de comerciantes, y no estando este contrato especificado en el CCO ni existiendo usos del comercio al respecto, se rige por las reglas del derecho común. El mismo criterio establece el artículo 943 CCO para las acciones que no tengan determinado plazo en este cuerpo legal. Por ello, es necesario acudir al Código Civil, cuyo artículo 1973 da eficacia a las interrupciones del plazo de prescripción por reclamaciones extrajudiciales. (STS de 21 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, en el ejercicio de su actividad empresarial, suministró a la demandada combustible en cinco ocasiones, en diversos puertos, entre los meses de abril de 1990 y enero de 1991, incumpliendo la deudora su obligación de pago. Tras varias reclamaciones extrajudiciales y reconocida la deuda por la deudora, interpuso demanda la acreedora, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el posterior recurso de apelación. Recurrió la demandada en casación al considerar prescrita la acción de la demandante. (A. G. G.)

73. Deber de declaración del artículo 10 de la LCS.—El artículo 10 de la Ley 50/1980 establece el deber del tomador de responder a aquello que le pregunte el asegurador, de modo que la obligación no se extiende más allá de los datos expresados en el cuestionario. Se incumple este deber cuando el riesgo descrito por el tomador es distinto al real.

Interpretación de las cláusulas en los contratos de adhesión.—Según constante doctrina jurisprudencial, el artículo 3 LCS establece que las dudas que surjan en la interpretación de las cláusulas de los contratos de adhesión se resolverán en el sentido más favorable al asegurado —SSTS de 22 de julio de 1992, 3 de octubre de 1994 y 30 de diciembre de 1996.

Error en la apreciación de la prueba.—No puede invocarse en casación el error en la apreciación de la prueba del Tribunal de apelación, dado que, en principio, posee éste soberanía para dicha valoración, salvo que resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

Imposibilidad de planteamiento de cuestiones *ex novo* en casación.—No cabe plantear en casación temas no aducidos en estadios anteriores del proceso, ya que alteran el objeto de la controversia, atentan contra los principios de preclusión e igualdad de las partes —SSTS de 11 de abril y 4 de junio de 1994— y ocasionan indefensión a la otra parte —SSTS de 22 de julio y 20 de septiembre de 1994—. (STS de 29 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Biogenese, S.L.* concertó con una aseguradora una póliza de transportes que cubría el traslado de unas mercancías desde Francia en el vehículo y en las fechas estipulados. Perdidas las mismas en un accidente, *Biogenese* demanda a su aseguradora reclamando el pago de la indemnización correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, concediendo a la demandante una indemnización inferior a la pretendida. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estima en parte ambos recursos, elevando la cuantía de la indemnización. (A. G. G.)

74. Apreciación de la prueba.—Ante la actuación del asegurado que no declaró en el cuestionario médico los antecedentes de enfermedad coronaria que presentaba, negando expresamente la cuestión del formulario relativa a la existencia de cardiopatías, nos encontramos ante una reserva o inexactitud del tomador del seguro ya que esta ocultación de datos perjudicó a la Mutua aseguradora en la apreciación de la valoración del riesgo, que desde un punto de vista objetivo le hubiera llevado a rechazar el contrato si hubiera conocido la situación del estado de salud del asegurado si le hubiera informado de las circunstancias que conocía (en este sentido, cita la STS de 25 de noviembre de 1993). (ST^S de 14 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. D. padecía desde 1983 problemas coronarios, siendo asistido con carácter de urgencia en abril de 1992. Estas circunstancias no fueron puestas en conocimiento en el cuestionario médico relativo a su estado de salud efectuado por la Mutua aseguradora con la que concertó en junio de 1992 un contrato de seguro con cobertura de los riesgos de enfermedad y larga enfermedad e invalidez permanente y absoluta. En diciembre de 1992, la Dirección Provincial de la Seguridad Social declara la incapacidad laboral permanente y absoluta de don G. D. por patologías cardíacas. Ante tales hechos, efectúa reclamación de cantidad por dichos conceptos contra la Mutua. La demanda es desestimada tanto en primera instancia como en apelación, que considera que se trata de una «manifestación contractual dolosa y grave que faculta no sólo a resolver el contrato, sino a apreciar la excepción como enervadora de la obligación de indemnizar». Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma en base no a la buena o mala fe, sino a la declaración incompleta o inexacta que constituye una culpa grave. (E. M. C.)

75. Reclamación de gastos de salvamento al Consorcio de Compensación de Seguros por inundaciones causadas por lluvias torrenciales.—El TS señala que el Consorcio únicamente se encuentra obligado al contrato de seguro de daños, ateniéndose para determinar el daño al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro, siendo posible por acuerdo de las partes, en virtud del artículo 30 LCS, la existencia de cláusulas en la póliza de exclusión, como las referentes al artículo 17 LCS relativas a los gastos por salvamento.

Pagos por el INEM.—El TS declara que procede sustraer de la indemnización que el Consorcio de Compensación de Seguros debe abonar a la entidad actora por los gastos de descombro el importe de las cantidades ya abo-

nadas por el INEM, porque de lo contrario se ocasionaría una situación de enriquecimiento injusto. (STS de 20 de octubre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía mercantil *E, S. A.* padece en sus instalaciones industriales una inundación como consecuencia de unas lluvias torrenciales y, en parte, debido al desbordamiento de un río próximo a la misma. El Consorcio de Compensación de Seguros efectúa la indemnización, pero aminorando la cuantía de la misma en lo relativo a los gastos de salvamento y descombro. Ante tales hechos, la entidad *F, S. A.* interpone demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros sobre reclamación de cantidad por gastos sufridos y no indemnizados, e incrementada en un 20 por ciento anual a partir de la fecha del siniestro. La demanda es desestimada en parte en primera instancia, siendo estimado parcialmente el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (*E. M. C.*)

76. Sociedades: derecho de información del socio.—En la línea de otras sentencias anteriores (por ejemplo, STS de 23 de junio de 1995), el TS atribuye una doble vertiente al derecho de información de los socios. Antes de la celebración de la junta, el derecho de información otorga a éstos el derecho de obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la documentación relativa a la materia que va a ser aprobada en junta. Asimismo, durante la propia junta, los socios disponen de la posibilidad de solicitar del órgano de administración aclaraciones respecto del contenido de los acuerdos que hayan de adoptarse. La negativa a contestar las cuestiones formuladas por aquéllos, o incluso, como apunta en este caso el Alto Tribunal, la insuficiencia de sus respuestas, será sancionada con la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por vulneración del derecho a la información. (STS de 28 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Granada se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de los acuerdos sociales relativos a la aprobación de cuentas y propuesta de aplicación del resultados del ejercicio del 1991, adaptación de los estatutos así como designación de los interventores del acta, que fueron tomados en la junta general ordinaria celebrada el 4 de junio de 1994. Se pide su nulidad por no haberse dado la debida información a los socios antes y durante la propia junta. La resolución, en parte estimatoria, del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, que dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 1994, en la que se revoca también en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La parte demandante recurre en casación la resolución de la Audiencia ante el TS al amparo del motivo 4.º del artículo 1692 LEC. (*N. B. G.*)

77. Sociedades: impugnación de junta general y de adopción de acuerdos sociales.—Al hilo de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la junta general de la sociedad demandada, la sentencia resuelve cuatro cuestiones: la primera plantea la posibilidad de que la junta general convalide por sí misma un acuerdo nulo; la segunda tiene que ver con el cese

de los directores-gerentes de la sociedad; la tercera guarda relación con la modificación del objeto social, así como con los requisitos que han de observarse para ampliar el mismo; y la cuarta versa sobre el cambio de domicilio de la sociedad.

El TS rechaza la posibilidad de que la sociedad convalide por sí misma los acuerdos nulos. Una vez iniciado el proceso de impugnación de un acuerdo social, la sociedad no puede, por su propia iniciativa, convalidar en una junta posterior el acuerdo impugnado. Esto sólo puede hacerse en el momento procesal previsto en los artículos 691 y ss. LEC. En tal caso, el juez podrá suspender el trámite del proceso y otorgar plazo para que sea subsanada la causa de impugnación.

La cuestión del cese de los directores-gerentes es resuelta por el Alto Tribunal tomando en consideración la condición estatutaria de los mismos. Como el cargo de director-gerente se halla previsto y regulado en los estatutos de la sociedad anónima, éste habrá de ser considerado parte integrante del órgano de administración. Por tal razón, el acuerdo de cese del director-gerente habrá de sujetarse a las normas previstas para el mismo. Esto significa que la junta podrá acordar en cualquier momento su remoción, aun cuando no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria.

La sentencia resuelve también la cuestión del objeto social, estableciendo qué hay que entender por modificación del mismo: ésta supone introducir actividades completamente nuevas que excedan de la simple concreción o especificación de aquél. A continuación nos recuerda que la modificación del objeto social se sujeta al régimen previsto en el artículo 144 b) y c) LSA. En tal precepto se exige que se exprese en la convocatoria de la junta los extremos que hayan de modificarse en el objeto social. Asimismo, habrá de hacerse constar el derecho que corresponde a los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta.

Por último, esta sentencia se enfrenta con la cuestión del cambio de domicilio social y recuerda que su traslación dentro del mismo término municipal en el que radica su principal y efectiva explotación no exige el acuerdo de la junta general. Esta facultad corresponde, por el contrario, a los administradores de la sociedad (art. 149.1 LSA). No obstante, el Alto Tribunal no pone ningún impedimento a que pueda acordarse por la junta, aun cuando este cambio de domicilio no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria. (STS de 1 de octubre de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Langreo se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de junta general y de adopción de acuerdos sociales. La sentencia desestimatoria fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, que acordó con fecha 18 de abril de 1994 estimar el recurso de apelación. Frente a esta resolución, la demandante plantea recurso de casación ante el TS al amparo del motivo 4.º del artículo 1692 LEC. (N. B. G.)

78. Sociedades: nulidad de acuerdos sociales por falta de opinión de los auditores sobre la cuenta de pérdidas y ganancias.—Esta sentencia determina el valor que ha de darse al informe de auditoría sobre la cuenta de pérdidas y ganancias: éste es preceptivo para las sociedades que indica el artículo 203 LSA. Con el propósito de que los auditores puedan emitir dicha opinión, la sociedad deberá remover cualquier obstáculo que impida su tarea

revisora. La omisión, entonces, de aquel informe hace nulo el acuerdo de aprobación de tal cuenta. Pero éste no es su único efecto. Esta omisión también vicia los acuerdos aprobatorios del Balance y de la Memoria, así como de aplicación del resultado, pues a falta del informe mencionado, los datos sobre los que se apoyan éstos pueden resultar inexactos. Asimismo queda viciado de nulidad el acuerdo por el que se aprueba informe de gestión, pues la ausencia de opinión experta sobre la cuenta de pérdidas y ganancias impide enjuiciar la aplicación del resultado. (STS de 26 de octubre de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Hospitalet de Llobregat se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales. La sentencia desestimatoria fue recurrida en apelación ante la sección decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, con fecha de 9 de mayo de 1994, resolvió desestimar el recurso. La parte demandante presentó recurso de casación ante el TS amparándose en los apartados 3.º y 4.º del artículo 1692 LEC. (N. B. G.)

79. Sociedades: impugnación de acuerdos sociales que aprueban el balance de la sociedad.—El TS mantiene en esta sentencia su jurisprudencia constante respecto de la naturaleza jurídica y los efectos de las aportaciones *in natura* realizadas a sociedades. En este sentido, establece que, aunque no pueda ser equiparada a la compraventa, la aportación de bienes inmuebles a una sociedad constituye un negocio jurídico traslativo de la propiedad. Esto explica que el aportante tenga la misma obligación de entrega que el comprador y que responda del saneamiento por vicios ocultos en los términos previstos en el contrato de compraventa (art. 31.2 LSA). A la vista de las cuestiones que suscita el hecho de que los dos inmuebles aportados a la sociedad no se hallasen inscritos en el Registro de la Propiedad, aclara el Alto Tribunal que la inscripción de la transmisión en dicho Registro no es precisa para perfeccionar la traslación del dominio, pues aquélla no es constitutiva en nuestro ordenamiento. (STS de 22 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales por falta de exactitud y veracidad en el balance correspondiente al ejercicio económico de 1990, aprobado por la junta general de accionistas de la sociedad demandada. La sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida ante la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó la pretensión, revocando la sentencia de primera instancia. La parte demandante recurre en casación ante el TS al amparo del motivo 4.º del artículo 1692 LEC. (N. B. G.)

DERECHO PROCESAL

80. Error judicial.—El error judicial incluye equivocaciones manifiestas bien en la fijación de los hechos, bien en la interpretación y aplicación de

la Ley, de manera que no es el desacierto de una resolución lo que trata de corregir, sino «la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico». En definitiva, el error judicial sólo es aplicable a decisiones jurídicamente injustificables. En el caso de embargo y adjudicación de bienes de un tercero por las deudas del demandado, cuando no pudo aquél ejercitar la tercera de dominio a tiempo por desconocer el procedimiento de ejecución, el perjuicio no puede ser atribuido al error del Juez, que sólo se relaciona con las partes litigiosas del proceso ante él incoado, al no poder exigírsele el conocimiento de la verdadera titularidad de los bienes muebles embargados. (STS de 24 de octubre de 1998.)

HECHOS.—*Hierros Escanero, S. A.* interpuso demanda contra *Intercontinental Fundación, S. A.* por impago de deuda, solicitando el embargo preventivo de bienes de la demandada, el cual se decretó por auto de 29 de diciembre de 1989. Como consecuencia del mismo se trabaron los bienes —básicamente unas grúas y la instalación eléctrica— situados en una nave de la que había sido arrendataria la demandada antes de su desahucio por falta de pago de las rentas, al desconocerse otros bienes a ella pertenecientes. En el momento del embargo figuraba ya inscrita en el Registro la transmisión de la propiedad de la nave por la arrendadora a un tercero. Estimada la demanda, se procedió a la ejecución forzosa de la sentencia. En subasta pública parte de los bienes embargados fueron adquiridos por *Hierros Escanero, S. A.*, practicándose el 13 de mayo de 1991 la diligencia de entrega de la posesión de los bienes a la adjudicataria. Durante la misma se encontraron operarios de una nueva arrendataria trabajando en la nave, quienes probaron su relación contractual con el propietario. Sin embargo, se procedió igualmente a la extracción de los bienes. El propietario de la nave solicitó entonces, al tener por vez primera conocimiento del procedimiento, su paralización, por ser él el titular de esos bienes, que habían sido transmitidos por la demandada a quien fuera su arrendadora y, a su vez, a él por ésta junto con la nave. Solicitó posteriormente la nulidad de las actuaciones, lo que motivó la suspensión cautelar de la ejecución de la sentencia. Rechazada la solicitud, interpuso recurso de reposición al tiempo que instaba una tercera de dominio sobre los bienes embargados. El primero fue desestimado, no así la segunda, que se estimó parcialmente, declarándose la titularidad dominical del tercerista sobre aquéllos de los bienes embargados que no habían sido adjudicados a *Hierros Escanero, S.A.* Agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios, interpuso demanda sobre error judicial ante el TS. (A. G. G.)

81. Extralimitación en la causa de pedir.—La simulación absoluta trae consigo la nulidad del negocio realizado, sin existencia de negocio disimulado. El principio *iura novit curia* no permite que el órgano jurisdiccional introduzca *ex officio* la aplicación del negocio disimulado en sustitución del simulado, ya que se consideraría como una extralimitación en la causa de pedir; el órgano jurisdiccional «carece de poder para determinar una atribución negocial de oficio». La excepción se hallaría en los casos en los que existan razones de orden público, o bien perjuicios para terceros, en cuyo

caso surtiría sus efectos el negocio jurídico disimulado *ex officio*, ponderándose cada una de las circunstancias del supuesto. De todas formas, «mal puede el juzgador suplir la voluntad no expresamente manifestada de la parte a quien tal negocio disimulado habría de beneficiar». (STS de 3 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Carmen B. B. formuló demanda contra don Antonio R. C. y doña Isabel B. A. ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora, solicitando se declarase la nulidad absoluta de los contratos de compraventa otorgados en escritura pública por doña Verísima B. B. a los demandados, declarando que los bienes inmuebles pertenecían a la herencia de la causante doña Verísima, decretándose la cancelación de inscripciones y anotaciones. La sentencia estima íntegramente la demanda, que es recurrida en apelación. La Audiencia revoca la sentencia, estableciendo la existencia de una donación remuneratoria como negocio disimulado. Se presenta recurso de casación por doña Carmen ante el TS.

NOTA.—No se desvía el TS de las recientes decisiones adoptadas en torno a la aplicación del negocio disimulado si no se ha exigido previamente por las partes. Así, la sentencia de 5 de noviembre de 1981 afirma la incongruencia de sentencia que estime la existencia de negocio disimulado si el demandado no lo plantea (vía excepción o reconvención). La sentencia de 24 de abril de 1995 asienta la idea de que las sentencias que absuelven no incurren en incongruencia, al quedar resueltas todas las cuestiones debatidas en el pleito (ver S de 17 de octubre de 1995). (P. S. S.)