

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Yolanda BUSTOS MORENO; M.ª Dolores CANO HURTADO; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO; M.ª Rosario DÍAZ ROMERO; Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Javier LARENA BELDARRAÍN; Julián LÓPEZ RICHART; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ; Óscar MONJE BALMASEDA; Virginia MÚRTULA LAFUENTE; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA y Lis SAN MIGUEL PRADERA**

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. Nulidad de la institución de heredero. Ley nacional del causante. Normas de Derecho internacional privado.–Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 LOPJ, al decir: «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los Tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» y el artículo 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España».

La infracción del artículo 340 LEC, al haberse ordenado la práctica de diligencia para mejor proveer suplantando la falta de diligencia de la parte recurrida, y habiéndose producido con ello indefensión de la parte recurrente no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, la facultad concedida por el precepto al tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo (SSTS de 20 de julio de 1993, 19 de octubre de 1992). Deben efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse

con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes, pero en el caso de autos donde se litiga sobre la sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias, con documentos que no lograron llevar al Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el Derecho extranjero, cuestiones de hecho (STS de 23 de octubre de 1992) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar (art. 1.7 CC), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 CC dice que: «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

La doctrina de los actos propios no se entiende vulnerada cuando se pretende la consecución de los que entienden ser sus derechos sucesorios.—La doctrina de los actos propios contenida en las SS de 18 de enero y 27 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 12 de abril y 26 de mayo de 1993, 9 de octubre y 10 de junio de 1994, etc., proclaman que los actos propios son aquellos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad de expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Que los recurrentes cuya única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando, una vez más, los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en los Estados Unidos, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnan por ser en él desheredados sin expresión de causas.

El derecho español entiende preponderante la ley nacional del *de cuius*; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.—El texto del artículo 12.2 CC, dice literalmente: «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley nacional, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 CC, declara: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la ley del lugar donde están sitios, esta remisión sí que «debe tenerse en cuenta», pues así lo exige el texto del artículo 12.2 CC. La frase «tenerse en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer la Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de Instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflicto del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los

inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 CC, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el Derecho español es el artículo 9.8 y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por la Sala del Derecho español a la sucesión del causante en este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno. (STS de 15 de noviembre de 1996; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Málaga, sobre nulidad de institución de heredero, alegando que los actores son hijos del causante que fallecido en 1977 testó instituyendo heredero de todos sus bienes a su hermano, y en sustitución de éste a sus descendientes, los demandados, basándose en la posibilidad de testar libremente; pero dicha cláusula para los actores es falsa ya que ni la ley personal del causante ni la española permiten disponer libremente cuando se tiene hijos legítimos y reconocidos. Se desestima en Primera Instancia la demanda. Interpuesto recurso de apelación, se revoca la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la institución de heredero a favor del hermano del causante, en cuanto dicha institución afecte a los bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes. Interpuesto recurso de casación por los descendientes del hermano del causante, el TS casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, confirmando la sentencia dictada en primera Instancia. (A. I. H. O.)

2. Prescripción extintiva. Cómputo.—La parte recurrente incurre en el defecto procesal de valorar la documentación aportada a fin de fijar, a efectos del cómputo de la prescripción, el día en que la acción pudo ejercitarse, pretendiéndose, en definitiva, contraponer su criterio personal al sustentado por el Tribunal *a quo*, lo cual, no es admisible en casación sobre todo, cuando la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, suprimió el ordinal cuarto del artículo 1692 LEC, dedicado al error en la apreciación de la prueba, aparte de que el meritado Tribunal se encontraba autorizado, en uso de la libertad conferida en materia probatoria, a optar entre los varios certificados médicos presentados, por

aquel que reflejase el alta médica con mayor exactitud, máxime, cuando en los supuestos de lesiones es coincidente la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 1969 CC, en que para la fijación del *dies a quo* hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecidos según el acta médica.

Falta de legitimación pasiva. Interpretación y aplicación del artículo 523 LEC.—En cuanto a la infracción del artículo 523 LEC, alegada por el recurrente por no haber sido exonerado del pago de las costas uno de los codemandados a pesar de apreciar en él una falta de legitimación pasiva, matiza la Sala que el recurrente se olvida que el ritualario artículo 523 no aplica de manera absoluta e incondicional el principio objetivo del vencimiento, pues confiere al juzgador la apreciación de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, que fue lo que sucedió en el caso de autos para no imponer al actor las costas correspondientes al codemandado en quien se había apreciado la excepción dicha, ya que en el FD 5.º de la sentencia recurrida se razonó que «cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, incluso el demandado al que se le ha estimado la excepción de falta de legitimación pasiva, por cuanto por razones imputables únicamente a los demandados era difícil precisar en el supuesto enjuiciado a quiénes debían demandarse», con lo cual, no es posible estimar infracción alguna respecto al precitado artículo.

Confesión judicial. Valoración de la no comparecencia.—El artículo 593 LEC requiere como condición para ser tenido como confeso el litigante no compareciente, sin haber mediado justa causa, la relativa a haber sido apercibido al respecto, exigencia que, también, se previene en el artículo 583 del citado Cuerpo Legal, pero de tal requisito no figura constancia en las actuaciones, pues, como se decía, el despacho librado para la práctica de dicha prueba no fue reportado, y, aparte lo acabado de puntualizar, no es posible olvidar que la *ficta confessio* constituye una facultad potestativa para el Juzgador y, por consiguiente, contra el uso que se haga de esa facultad no se da recurso alguno. (STS de 29 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. F. M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos don Andrés, don Ambrosio, don Sebastián y don José S. A. y la Compañía aseguradora *Commercial Union Assurance Company Limited*, sobre reclamación de la cantidad de 10.250.500 pesetas en concepto de daños y perjuicios por daños personales, como consecuencia de ser arrollado por un caballo propiedad de los hermanos citados y por gastos de hospitalización e intervención derivados del accidente, así como por los que traen causa de las secuelas resultantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada esta Resolución por la Audiencia, que condena a don Andrés, don Ambrosio y don José S. A. y la Compañía aseguradora *Commercial Union* a pagar solidariamente a don G. F. M. la cantidad de 4.835.500 pesetas, si bien en cuanto a *Commercial Union* con el límite máximo de principal de 2.000.000 de pesetas más los intereses legales que se devenguen a partir de la fecha de la sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

3. Prescripción trienal. Cómputo.—Se alega la prescripción de la reclamación de cantidad formulada en principio por la parte actora. El precepto que se dice infringido (art. 1967.1.º CC) está afectado por el último párrafo no numerado de tal artículo, y aunque una interpretación literal del mismo, pudiera llevar a excluir el cómputo de la prescripción trienal en cuanto a la actividad profesional como Abogado de la parte recurrida en casación, debe entenderse que tal exclusión se debió a un *lapsus legislatoris* derivado de un error mecánico de transcripción.

De igual manera, la actividad profesional que desplegó como Abogado la parte citada, supuso una serie de trabajos concretos realizados en el ámbito judicial, que deben estimarse como una actuación total tendente a un fin, con lo que deberá realizarse el cómputo de la prescripción trienal, a partir de la dejación de la prestación del servicio total.

Además, hay que añadir que aunque el artículo 12 LEC, habilita al Abogado a dirigir su reclamación contra el Procurador para garantizar sus honorarios por el sistema de jura de cuentas, ello no es obstáculo para que pueda reclamar el importe de los mismos mediante el juicio declarativo ordinario que corresponda, dirigiendo su pretensión directamente contra los clientes.

Finalmente, se desestima el tercer motivo alegado por el recurrente, en cuanto que se establece como justa la cuantía establecida como minuta. (STS de 15 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Puertollano, fue visto el juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, en el cual se dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 1992, estimando íntegramente las pretensiones del demandante. Contra dicha Resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictándose sentencia por la Sección Primera con fecha 23 de diciembre de 1992, por la cual se confirmaba plenamente la decisión adoptada en primera instancia. Finalmente, se formalizó recurso de casación ante el TS, con apoyo en el artículo 1692.4 LEC, bajo cuyo amparo se alegó la infracción de los artículos 1967, 1728 y 1544, todos ellos del CC. Este recurso resulta igualmente desestimado. (J. L. B.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Protección del derecho al honor. El derecho a la información no puede prevalecer sobre aquél cuando la noticia difundida se basa en simples y difusos rumores, sin contrastación alguna de la veracidad de los mismos.—Ninguna de las noticias concreta la identidad de quienes las suministran o de las empresas a que se refieren. Solamente, en la información del día 28 de diciembre, se transcriben las declaraciones de una persona concreta, referidas asimismo a una concreta operación bancaria, que motivó una denuncia ante el Banco de España, y que atribuyó irregularidades al demandante, pero no en beneficio propio sino en el de la entidad en que desempeñaba su función. Salvo en

este caso, el resto de la información está realizada en términos de generalidad y, en los extremos más importantes, ya que hacen referencia a hechos delictivos (blanqueo de dinero, narcotráfico), se hace eco de simples rumores, carentes de toda constatación, sin que aparezca que, pese a la relevancia de los hechos y a la sensibilidad de la opinión pública respecto a alguno de ellos, nadie los haya denunciado o exista investigación judicial o policial alguna por ellos motivada. La STC 6/1988, de 21 de enero, que cita el juzgador de instancia, establece una doctrina que reitera la reciente 240/1992, de 21 de diciembre, conforme a la cual se comporta de manera negligente e irresponsable quien transmite, como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación. De acuerdo con tal doctrina no puede sostener la entidad recurrente que la actuación del periódico que edita en relación con los hechos litigiosos esté amparada por el derecho a comunicar libremente información veraz, pues esta última calificación no es aplicable a la suministrada por dicho diario.

Si bien es cierto que, en los supuestos de colisión entre el derecho al honor y el de libertad de información, se tiene jurisprudencialmente proclamada, en principio, la preponderancia de éste sobre aquél, cuando la información publicada se refiera a asuntos públicos de interés general, ello no es en términos absolutos, sino que se halla inexcusablemente condicionada tal prevalencia a que la noticia transmitida sea veraz o, cuando menos, debida y prudentemente contrastada, a través de una razonable y seria comprobación de su veracidad, pero no basada única y exclusivamente en unos difusos y etéreos e incontrastables supuestos rumores, que carecen en absoluto de la más mínima garantía de fiabilidad, siendo esto último lo ocurrido con las informaciones aquí enjuiciadas, en las que, con base en los rumores de las características antes expresadas, se hacen al demandante, sin fundamento serio alguno, imputaciones tan graves e infamantes, por todo lo cual la sentencia recurrida ha hecho una correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial correspondiente.

La revisión en vía casacional de la cuantía de la indemnización por daño moral.—Aun siendo cierto que la Sala de lo Civil tiene declarado (SS de 23 de marzo de 1987, 27 de octubre de 1989, 15 de julio de 1995, entre otras) que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del *quantum* indemnizatorio realizada por el Tribunal de apelación, ello solamente puede producirse cuando las pautas valorativas del daño moral que marca el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo («atendiendo, dice el precepto, a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido») no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, ninguno de cuyos supuestos de excepción concurren en el caso enjuiciado, pues teniendo en cuenta las graves y difamantes imputaciones que, sin fundamento veraz y serio alguno, se hacen al demandante en las informaciones litigiosas, la sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primera instancia, ha procedido con absoluta corrección, al fijar con criterio razonable, ponderado y objetivo la cuantía de la indemnización en favor del demandante, por el daño moral y las posibles repercusiones prácticas en su prestigio profesional. (STS de 20 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de primera Instancia núm. Cuatro de Santiago de Compostela demanda sobre protección al honor, la intimidad y la propia imagen contra el Director de *El Correo Gallego* y contra la *Editorial Compostela, S. A.*, por la publicación de informaciones no veraces relativas al demandante, en la que se solicita la indemnización por daño moral de cincuenta millones de pesetas y la difusión de la sentencia en la misma forma que se efectuaron las imputaciones publicadas por el periódico. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que, con las informaciones publicadas en el citado periódico, se produjo una intromisión ilegítima en el honor del actor, por no ser veraz la información; procediendo a condenar solidariamente a los demandados a pagar la cantidad de cinco millones de pesetas por daño moral, así como a difundir la Resolución en la misma forma en que se efectuaron las informaciones de *El Correo Gallego*. Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia confirmando la sentencia dictada en primera Instancia. Interpuesto recurso de casación por *Editorial Compostela, S. A.*, se declara por el TS no haber lugar al citado recurso, condenando al recurrente en costas. (A. I. H. O.)

5. Derecho al honor y libertad de información.—En cuanto a la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y de protección al honor, no pueden establecerse *a priori* los límites o fronteras entre uno y otro derecho, y de ahí que tal delimitación deba llevarse a cabo caso por caso.

Ahora bien, el derecho al honor, tanto en su aspecto interno de íntima convicción, como en su aspecto externo de valoración social, debe estar afectado por una tarea de ponderación con relación a la libertad de información, teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta de ésta.

De hecho, la libertad citada además de tener un carácter individual, indica que una opinión pública está indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, así como al principio de legitimidad democrática proclamado en el artículo 1.2 CE.

Sin embargo, para que prevalezca la libertad de expresión, es necesario que la información sea veraz, así como referida a asuntos públicos de interés general por la materia que analizan o por los sujetos intervinientes en ellos. Del mismo modo, la noticia o reportaje no deberá sobrepasar el fin informativo pretendido, y así se limitará a transcribir datos, sin opinar sobre ellos, tal como expresa la doctrina del llamado «reportaje neutral».

Asimismo, con respecto a si el prestigio profesional tiene cabida o no dentro del concepto de honor en el sentido de derecho constitucional, se establece en la sentencia que, tras la superación de doctrinas anteriores, se estima que un ataque a dicho prestigio puede integrar efectivamente una transgresión al honor (STC de 14 de diciembre de 1992).

Dado que en el caso en cuestión concurren los requisitos antes señalados, y por ello debe primar la libertad de expresión sobre el derecho al honor, el recurso de casación presentado es estimado en su integridad. (STS de 16 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de los de Oviedo, fue visto el juicio sobre protección del derecho al honor, en el cual se solicitaba la condena de los demandados por la publicación de un artículo supuestamente atentatorio contra la reputación y el buen nombre del demandante. Tras el fallo desestimatorio de tal pretensión, emitido por el citado Juzgado, con fecha 31 de diciembre de 1991, se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, dictándose sentencia por la Sección Cuarta de la misma, con fecha 10 de noviembre de 1992, por la cual se estimaba parcialmente la demanda formulada. Por tal motivo, se presenta finalmente recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por entender que la decisión recurrida incurre en la infracción de la normativa aplicable; en concreto, de los artículos 7.7 y 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982. (*J. L. B.*)

6. Derecho al honor y libertad de información.—En caso de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor y a la propia imagen, ha de prevalecer aquélla sobre éstos, tal y como ya han estimado en distintas Resoluciones tanto el TS como el TC, cuando la noticia o información publicada se refiera a un asunto público o de interés general, tanto por la materia como por las personas que en él intervengan, con tal de que sea veraz.

Además, la publicación, como es el caso, de la fotografía de la persona implicada no puede considerarse como atentatoria contra su propia imagen, sino que debe entenderse como una excepción más de las señaladas en artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/82, ya que la notoriedad manifiesta del caso, evidencia su carácter público. (**STS de 28 de diciembre de 1996**; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza, se formuló demanda incidental sobre protección al honor, suplicando sentencia condenatoria para los demandados, en la cuantía de 15.000.000 de pesetas. El Juez dictó sentencia, en fecha 10 de abril de 1992, desestimando las pretensiones formuladas. Apelada la Resolución de primera instancia, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia, en fecha 22 de enero de 1993, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante. Finalmente, los demandados presentan recurso de casación con apoyo en el núm. 4 del artículo 1692 LEC, por inaplicación de diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo. Dicho recurso resulta estimado en su totalidad, confirmándose el fallo establecido en primera instancia. (*J. L. B.*)

7. Vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Inveracidad de la noticia.—El TC, en sentencia de 21 de diciembre de 1992, ha afirmado que la comunicación que la CE protege es, ciertamente, la que transmite información veraz y, en este sentido, es reiterada la doctrina de ese Tribunal, desde la sentencia 6/1988, de que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con

menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones.

Esta Sala tiene declarado que, en la aplicación del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, se ha de tener en cuenta el elemento objetivo de las expresiones que puedan difamar o desmerecer en la consideración ajena, la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del artículo 8.1 de la citada Ley Orgánica, y el carácter verídico o razonablemente objetivo del reportaje dentro del contexto del mismo, pues toda comunicación con posible resultado difamatorio no incurre en ilicitud cuando corresponda al ejercicio de derechos con una base de hecho veraz (entre otras, SS de 26 de noviembre de 1987, 11 de octubre de 1988, 1 de julio de 1989 y 26 de septiembre de 1996). (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique T. y L. de E. demandó a don J. L. M. S., doña C. R. M., don J. C. M., don R. B. M., don I. F. de G. y *Ediciones Zeta, S. A.*, en ejercicio de la acción conferida de protección del derecho al honor por la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, alegando intromisión en el derecho al honor e intimidad del actor acaecida por hechos divulgados en el semanario *Interviú* en reportajes publicados bajo los títulos «*Descubrimos el campamento de los mercenarios del narcotráfico colombiano*», «*Campamento valenciano de los sicarios del narcotráfico*», y «*Empresas israelíes entrenaban a los narcos colombianos*», suscritos por los cuatro primero demandados, como redactores y reportero gráfico, en el citado medio, dirigido por don I. F. de G.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona estimó la demanda y condenó a los demandados, con causa en la intromisión ilegítima en el derecho al honor y propia imagen del demandante a consecuencia de los artículos publicados, a que indemnicen solidariamente a éste en la cantidad de veinte millones de pesetas, y a la entidad editora demandada a que inserte a su costa en la revista *Interviú*, en la misma sección, anuncio y portada y lugar relevante, la parte dispositiva de la sentencia, condenándole igualmente al pago de las costas. Esta Resolución fue revocada en grado de apelación por la de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial.

Don E. T. y L. de E. interponen recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 20.1.d) CE y de la jurisprudencia que lo interpreta y artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

8. Derecho a la libertad de información y derecho al honor. Colisión entre ambos.—Con respecto al siempre delicado y complejo tema de la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información, por un lado, y al honor, intimidad familiar e imagen, por otro, viene siendo doctrina jurisprudencial ya reiterada y notoria la de que el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz, basada en una comprobación razonable por parte del periodista, que esté referida a

asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, limitándose a contribuir a la formación de la opinión pública, y que la transmisión de la noticia o información no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. (STS de 24 de enero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de la celebración, en la Audiencia Provincial de Cádiz, de un juicio oral y público contra unos supuestos narcotraficantes, el periódico *Diario de C.* publicó una amplia información (escrita por Alberto G.) acerca del desarrollo del referido juicio oral y, al final de la misma, bajo el subtítulo «*Acusación airada*», agregó un párrafo, que textualmente dice así: «Una vez que el presidente de la Sala decretó que el juicio quedaba visto para sentencia, una de las procesadas, Patrocinio P. —que se encuentra en libertad provisional— acusó airadamente al Letrado defensor de los hermanos F. S. y Nicolasa N. Concretamente, Patrocinio comentó en voz alta en el pasillo, frente a la puerta de la Sala, a los familiares que le acompañaban, que «L., el Abogado de los hermanos, está pringado hasta las orejas. Lo único que le diferencia de ellos es que lleva puesta una toga». Por considerar que la información periodística era atentatoria a su honor, don Miguel L. B., al amparo de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982, promovió contra el periodista y, subsidiariamente, contra el periódico *Diario de C.* un proceso, en el que postuló que se dicte sentencia por la que se declare que la actuación del demandado ha provocado el desprestigio personal y profesional de don Miguel L. B., puesto que la difusión de los comentarios publicado han repercutido en su honor y en su fama.

La Audiencia Provincial, conformando íntegramente la de primera instancia, desestimó la demanda y absolvió a los demandados. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora. (A. C. S.)

9. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. Honor familiar.—El problema que se ha planteado en el recurso de casación es el del honor familiar, en el sentido de que las expresiones vertidas por el demandado se referían directamente al padre del demandante. Sin embargo, si bien la ley no contempla explícitamente este supuesto (como sí lo hace en el derecho a la intimidad), tampoco da una definición de honor; para solventar la duda, debe atenderse a la realidad social, siempre elemento decisivo en la interpretación de la ley, tal como expresa el artículo 3.1 CC y ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala (así SS de 17 de marzo y 18 de julio de 1986, y 10 de abril de 1995). Partiendo de ello, debe entenderse que expresiones vejatorias relativas al padre de una persona constituyen intromisión ilegítima en el honor de éste, en su acepción de honor familiar.

Derecho al honor y libertad de expresión.—Debe destacarse la relación de la intromisión al honor y la libertad de expresión, reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1, a) CE. Tanto ésta como el derecho a la información veraz [art. 20.1, d)] no comprenden las expresiones injuriosas o vejatorias, tal como ha mantenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala: SS de 31 de junio, 13 de julio y 5 de octubre de 1992, 10 de junio de 1993, 24 de mayo de 1994 y 28 de marzo de 1996.

Delimitación del derecho al honor.—Se estima que no se ha producido intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante (recurrido en casación) al tener en cuenta su delimitación «por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos» (art. 2.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), ha mantenido el mismo: por su conducta, por el contexto en que se vertieron las expresiones y por la proyección pública del mismo. (STS de 31 de enero de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El demandado (actual recurrente en casación) don Ramón M. F. intervino como presidente en la asamblea de socios de un club de fútbol. En la misma se refirió al demandante (recurrido en casación) el periodista José María G. P., en dos aspectos que fueron calificados en la demanda como intromisión ilegítima en el honor del actor. El primero, relativo al honor profesional, fue desestimado en la sentencia de primera instancia, contra la que no apeló el demandante, por lo que quedó firme tal desestimación. El segundo tiene tres partes: el demandado don Ramón M. F. dijo del demandante don José María G. P. sin nombrarlo expresamente pero refiriéndose claramente al mismo: primero, que su padre «ha sido procesado por estafa»; segundo: que «es mucho mejor ser hijo de un choricero que hijo de un chorizo»; tercero: «no vamos a admitir en el R. M. que personas sin moral...» y esta parte tercera no fue considerada por la Audiencia en su sentencia constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor: no habiendo recurrido en casación la representación procesal de don José María G. P. también es firme esta parte.

En consecuencia, el recurso de casación se centra, como hechos, en las dos partes primeras del aspecto segundo, que han sido transcritas las frases que aparecen literalmente en las sentencias de instancia y vienen desde la misma demanda.

El TS estima parcialmente el recurso de casación del demandado. (A. C. S.)

10. Protección del honor de las personas jurídicas.—La tutela judicial del prestigio de las sociedades mercantiles, la ha admitido esta Sala en determinados supuestos (SS de 28 de abril de 1989 y 15 de abril de 1992 —citada en el recurso— y 26 de marzo y 9 de diciembre de 1993, entre otras), así como el TC (SS de 11 de noviembre de 1991 y 26 de septiembre de 1995); si bien debe de reconocerse que la doctrina jurisprudencial civil no se mantiene uniforme, pues se presenta discrepante, pero en trance de ir centrando la cuestión y de depurar divergencias, resulta más proclive y merecedor de amparo este derecho al honor, que si bien tiene en la Constitución un significado personalista, como inherente a la dignidad humana, según el artículo 18, aunque parece que lo acentúa en el derecho a la intimidad, ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que las personas jurí-

dicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a la que también les afecta, en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en el que estén integradas.

Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.—No se aprecia colisión entre el artículo 18.1 con el artículo 20.1 CE en perjuicio y desdoro de los recurrentes y así lo ha declarado esta Sala de Casación Civil en supuestos análogos, en los que la información transmitida, que en este caso acusa definitiva falta de objetividad de los órganos de gestión municipal y deficiente ejecución de la concesión, proviene del ejercicio de una función pública, en la que se censura y critica el órgano en el que el opositor está integrado, por lo que no procede calificar la actuación del concejal que se demandó como atentatoria o difamatoria al prestigio de las sociedades recurrentes, dada la ausencia suficientemente acreditada de tal intención, al responder al ejercicio no sólo de un derecho, sino incluso de un deber político y legal en defensa de los intereses municipales, pues en otro caso se atentaría al mantenimiento de la comunicación libre, vaciando en parte de contenido la función de los representantes democráticos en las instituciones públicas (SS de 30 de octubre de 1993 y 28 de octubre de 1996)

Doctrina jurisprudencial.—El motivo ha de ser desestimado por su defectuosa formulación, ya que se apoya en una sola sentencia, la de 15 de abril de 1992, y casacionalmente sólo puede ser objeto de infracción la doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida por lo menos en dos sentencias sobre interpretación y aplicación de ley u otras fuentes del Derecho, en relación a casos similares o análogos y atendiendo la fundamentación de la *ratio decidendi* y no a declaraciones de *obiter dicta*. (STS de 21 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda sobre protección civil del derecho al honor de dos empresas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El TS no acoge el recurso de casación de las entidades demandantes.

NOTA.— Sobre el derecho al honor de las personas jurídicas es fundamental la monografía de Rodríguez Guitián, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996, con exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial (sentencias del TS y sentencias del TC). (A. C. S.)

11. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—Partiendo de que el señor G. F es socio mayoritario y administrador único de la sociedad anónima *C. de los R.*, se habla de levantar el velo de la sociedad para entender que su actuación no tuvo otro objeto que aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, en clara actitud fraudulenta y contraria a la buena fe, es decir, que la sociedad actúa para aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial de su socio mayoritario y administrador único, con lo que, en el fondo, poco perdería éste con que los bienes se entendiesen de o pasasen a aquélla, todo lo cual hace relación, no a la naturaleza

y efectos de las obligaciones, sino a la proscripción del fraude de ley (art. 6.4 CC) y principio de la buena fe (art. 7.1 CC) como informadores de nuestro ordenamiento jurídico y por ello también de la doctrina del levantamiento del velo de las sociedades (SS de 29 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, y 29 de abril y 13 de mayo de 1988) como forma de combatir dicho fraude o defender la buena fe. En el mismo sentido la sentencia de 12 de febrero de 1993, con cita de la de 28 de mayo de 1984, sienta la tesis de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la CE (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto— se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los «derechos de las demandadas» (art. 10 CE). (STS de 24 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad anónima *C. de los R.* ejercitó tercería de dominio manifestando que, a través de su administrador don Rafael G. F., había tenido noticias de que, en el procedimiento 70790 del Juzgado núm. 2 de Antequera, don Rafael M. S., en ejecución de la sentencia dictada en 5 de diciembre de 1991, por la que se condenaba al señor G. F. a pagarle 90.041.600 pesetas, había embargado bienes de la tercerista (dos camiones), adquiridos para la misma, pero que, por razones de índole administrativa, se hubieron de inscribir, oficialmente, a nombre del señor G. F., constituyendo éste una mera persona interpuesta, para salvar los obstáculos administrativos que se creía existían por los técnicos encargados de su matriculación, para hacerlo a nombre de *C. de los R., S. A.* El señor G. F. se allanó a la demanda, pero el señor M. S. se opuso a la misma. El Juzgado acogió íntegramente la pretensión de *C. de los R., S. A.*, pero, ante la apelación de don Rafael M. S., la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado manifestando no haber lugar a declarar el dominio de los vehículos dichos a favor de la sociedad actora. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por *C. de los R., S. A.*

NOTA.— Sentencia en la que se muestra con claridad un caso en que procede la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el «levantamiento del velo de la persona jurídica» para evitar fraudes. Sobre esta doctrina, un análisis detallado por De Ángel, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, monografía que, debido a su gran calidad, ha dado lugar a cuatro ediciones (Civitas). De Ángel expone con gran rigor y pragmatismo los distintos supuestos que se plantean en la realidad social, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente. (A. C. S.)

12. Incapacitación. Aplicación del artículo 208 CC. Deber constitucional de examen judicial del presunto incapaz.—La jurisprudencia de esta

Sala ha entendido en el proceso de incapacitación que el examen personal del presunto incapaz es, en primer lugar, un deber de alcance constitucional y, en segundo lugar, que se aplica no sólo al Juez, como dice literalmente el artículo 208 CC, sino también al Tribunal que constituye el estado civil de incapacitación. En síntesis, ningún órgano jurisdiccional puede constituir una incapacitación sin haber examinado personalmente al presunto incapaz. (STS de 9 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Formulada demanda con la pretensión de la constitución del estado civil de incapacitación de doña Servanda Carmen N. M., el Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y declarando la incapacitación parcial y ordenando la constitución de curatela. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial revocó la dictada por el Juzgado y afirmó la incapacitación total de la demandada, con sometimiento de la misma al régimen de tutela. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (A. C. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Contrato simulado. Delimitación del contrato con causa ilícita.—Para estimar una cláusula contractual ilícita ha de partirse de la concurrencia efectiva de causa, pero ésta resulta viciada por ser contraria a las leyes o la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que el móvil impulsa la voluntad reprochable del convenio alcanzado, con lo que la ilicitud causal tiene apoyo en la finalidad negocial ilegal o inmoral que se pretende común a todas las partes implicadas.

No cabe confundir la causa falsa con el móvil de defraudar los derechos ajenos, ya que la causa es la razón esencial del contrato. La falsedad de la causa se contrapone a la verdadera, a que refiere el artículo 1274 CC, equivaliendo a su no presencia, operando como sinónimo de simulación, que hace que el contrato no tenga existencia jurídica. La falsedad de la causa está íntimamente relacionada con la cuestión de la simulación del consentimiento contractual, por la discordancia entre las voluntades internas o externas manifestadas, actuando la simulación como vicio del necesario y recto consentimiento contractual a cargo de los interesados en las relaciones obligacionales que pretendieron crear.

Necesidad de acudir a la prueba de presunciones.—En los supuestos de simulación rara vez se presentan pruebas directas, por lo que ha de hacerse uso de las presunciones.

Arrendamientos urbanos posteriores a la constitución de hipoteca.—Los arrendamientos de inmuebles llevados a cabo con posterioridad a la constitución de hipoteca, son válidos según doctrina consolidada de esta Sala. Ahora bien, esta doctrina quiebra en los supuestos de inexistencia por simulación de la relación arrendaticia. (STS 14 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras seguirse un proceso ejecutivo contra don Ricardo R. B., se produce la subasta de un inmueble de su propiedad del que resulta adjudicatario don Vicente G. G. Con el objeto de impedir a este último el disfrute de parte del inmueble, se presentan dos contratos privados de arrendamiento urbano, en los que figura como arrendador el anterior propietario y como inquilino su hijo, don Luis R. P., apareciendo como subarrendatario de uno de los pisos el cuñado de este último, don José Luis del P. A. Don Vicente G. G. formuló demanda sobre ineficacia de tales contratos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial estimó, no obstante, el recurso de interpuesto por el actor. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. L. R.*)

14. Negocio fiduciario.—Esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, es válido el negocio fiduciario consistente en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista.

De ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de *traditio*, como sucedería en un pacto de retro, sino que éste sólo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 CC—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otra, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido, en virtud de la *fiducia cum amico* incrustrada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción.

Buena fe. Inexistencia.—Si bien es indudable la protección atribuida al tercero en el artículo 34 LH y verdadera igualmente la presunción proclamada en el artículo 38.1 del mismo Cuerpo Legal, el concurso de buena fe siempre funciona como presupuesto inexcusable en estos casos, y la sentencia de primera instancia, posteriormente ratificada por la de apelación, ha aclarado que el mentado requisito consiste, por el lado positivo, en la creencia de que el constituyente del derecho real era dueño del inmueble gravado y tenía la facultad de disposición del mismo, y por el negativo, en la ignorancia de la existencia de inexactitudes o vicios afectantes a la titularidad del propietario, por lo que, al conocer el recurrente tanto su intervención de testaferra en la escritura pública después inscrita en el Registro de la Propiedad, como la relación negocial habida entre la parte actora y quien vendió la finca objeto de litigio, no se da en los recurrentes dicha circunstancia. (*STS de 2 de diciembre de 1996; no ha lugar.*)

HECHOS.—La Compañía Mercantil *Germán Marcos S. A.*, y la Intervención Judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de dicha entidad, demandaron por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía a don M. G. A. y a doña F. M. R. y, entre otras peticiones, solicitaron la declaración en sentencia de que, en virtud del negocio fiduciario existente, la finca que fue adquirida por los demandados mediante escritura notarial, de 22 de diciembre de 1977, pertenece en realidad a la demandante, por lo que aquéllos otorgarán documento público de cesión de los derechos surgidos de tal situación en favor de ésta sin contraprestación económica alguna, realizarán los actos necesarios para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de la actora, y restituirán las rentas percibidas por el arrendamiento de dicho bien.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con imposición de costas a la parte demandada y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

15. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad. Carácter abusivo. Nulidad.—Debido a la legislación comunitaria, en concreto, la directiva núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, existe una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre y 8 de noviembre de 1996) en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los consumidores que, teniendo su domicilio en diversos lugares de la geografía española, se ven obligados a litigar en Madrid, mientras que para la parte que ha impuesto dicha cláusula, al tener negocios en diversos lugares, supone una ventaja poder centralizar todos los asuntos judiciales en los Tribunales de Madrid.

Derecho comunitario. Primacía sobre el Derecho interno.—El TS declara que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho interno. Por tanto, los jueces no aplicarán las normas de Derecho interno que, incluso siendo posteriores en el tiempo, sean contrarias al Derecho comunitario. (STS de 30 de noviembre de 1996.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio sito en la calle Maestro Puig Valera núm. 12, de la localidad de Santomera (Murcia) suscribe un contrato de mantenimiento del ascensor del edificio con la entidad *Zardoya Otis, S. A.* Dicho contrato contiene una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid. La entidad *Zardoya Otis, S. A.*, interpone demanda, en los Juzgados de Madrid, contra la comunidad de propietarios, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La demandada presenta en los Juzgados de Murcia un escrito proponiendo cuestión de competencia por inhibitoria, al entender ineficaz la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, desestimó el requerimiento por inhibitoria realizado por el Juzgado de

Primera Instancia núm. 7 de Murcia. Ello dio lugar a una cuestión de competencia, conociendo de la misma la Sala Primera del TS.

El TS declaró abusiva la cláusula de sumisión expresa, proclamando la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia para conocer del litigio planteado.

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

16. Cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de mantenimiento de ascensores. Carácter abusivo.—El contrato de mantenimiento de ascensor es un contrato de adhesión. Conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio, 14 y 23 de septiembre de 1996) que ha supuesto un importante cambio en nuestro país, a partir de la Directiva de la CEE, núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, nos encontramos ante una cláusula abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la dificultad que supone en su representación procesal, proposición y práctica de pruebas, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante que centraliza sus reclamaciones judiciales en Madrid, donde con un evidente ahorro económico tiene garantizada su asesoría jurídica. A mayor abundamiento, se ha de afirmar que se llega a este mismo criterio interpretativo por aplicación de la doctrina del abuso de derecho y los criterios de la LGDCU.

Falta de transposición o adaptación de la Directiva de la CEE, núm. 93/13, de 5 de abril.—«Esta disposición tiene carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios». Aunque la falta de transposición al derecho interno de la citada Directiva, impide que pueda ser invocada o aducida entre particulares, «obliga, sin embargo, al Estado y a los órganos estatales, entre los cuales se encuentran los jurisdiccionales, a aplicarla directamente, cuando de relaciones o conflictos entre tales órganos estatales se trate, como es una cuestión de competencia territorial (cita la S. del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 14 de julio de 1994, dictada en el asunto C-91/92 (*Paola Faccini Dori* contra *Recreb Srl*)). (STS de 4 de diciembre de 1996.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Zardoya-Otis* presenta demanda en Madrid contra la Comunidad de propietarios de un edificio de Denia (Alicante) solicitando el cumplimiento de un contrato de mantenimiento del ascensor del edificio. En el contrato existía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Madrid. La comunidad de propietarios planteó la cuestión de competencia por inhibitoria, niegan la eficacia vinculante de dicha cláusula de sumisión y estiman compe-

tentes los tribunales de Denia por ser el lugar donde tiene su domicilio la demandada y donde se ha prestado el servicio contratado. El TS decide la cuestión de competencia territorial en favor del Juzgado núm. 3 de Denia.

NOTA.—El artículo 3.º de la Directiva en cuestión declara que serán consideradas cláusulas abusivas aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en contratos de adhesión. La directiva hace una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas entre las que se cita aquellas que suprimen u obstaculizan el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular, obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas. (L. S. M. P.)

17. Documentos privados. Eficacia frente a terceros. Alcance del artículo 1227 CC.—Existen diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre el artículo 1227 CC. Una característica común a todas las interpretaciones que el TS realiza del mencionado precepto es que señalan, con diferentes matizaciones, que la fecha de un documento privado debe considerarse auténtica aunque dicha autenticidad derive de medios probatorios distintos a los señalados en el artículo 1227 CC. En la presente sentencia, se acoge la tesis de la inescindibilidad del documento y su fecha. El TS, en virtud de la mencionada tesis, afirma que el artículo 1227 CC establece un sistema de prueba tasada con relación a la fecha de los documentos privados. Sin embargo, mantiene que cuando el hecho contenido en el documento esté indefectiblemente unido a la fecha del documento, es decir, que del contenido del documento se derive su fecha, la libertad probatoria no sólo será predicable respecto de la veracidad del contenido del documento, sino también respecto de la fecha del mismo. (STS de 31 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Mass, S. A.*, en suspensión de pagos, vendió determinadas instalaciones y maquinaria a *Tablesur, S. A.*, acordándose que el pago del precio se realizaría en distintos plazos. Por medio de una carta fechada, el 27 de octubre de 1986, la vendedora, *Mass, S. A.*, solicitó a la parte compradora, tal y como se había pactado en el contrato, la entrega de letras de cambio, debidamente aceptadas, para el pago del precio. El 31 de octubre de 1986 la compradora, *Tablesur, S. A.*, contestó por medio de otra carta, en la cual se señalaba que remitía efectos cambiarios y pagarés con la finalidad de satisfacer los pagos pendientes. Con posterioridad, se notificó a *Mass, S. A.*, y *Tablesur, S. A.*, la providencia de embargo, de 22 de diciembre de 1986, de la Recaudación de Tributos del Estado de Sevilla dictada en el procedimiento de apremio seguido contra *Mass, S. A.*, para el cobro de una deuda con la Hacienda Pública. En dicha providencia se

ordenaba la retención de la deuda en poder del comprador para proteger derechos que podían resultar perjudicados por el pago.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Hacienda Pública formuló demanda contra *Mass, S. A.* y *Tablesur, S. A.*, suplicando, entre otras cosas, que se declarase la nulidad del pago adelantado hecho por *Tablesur, S. A.*, a *Mass, S. A.*, o, en su defecto, que se condenase a las demandadas al pago, en forma solidaria, de una indemnización de 230.000.000 de pesetas, más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

18. Ejercicio del derecho de opción.—Esta Sala tiene reiteradamente reconocido el carácter unilateral del acto de ejercicio del derecho de opción, que no requiere la aceptación de la parte de quien lo concedió, pero sí el cumplimiento de los requisitos legales y pactados, encontrándose entre los primeros la puesta en conocimiento del optatario de la aceptación del optante dentro del plazo concedido para el ejercicio del indicado derecho.

Opción de compra. Concepto y efectos.—Dice la S 4 de febrero de 1994 que la opción de compra, muy frecuentemente tratada por la jurisprudencia de esta Sala, en doctrina uniforme, consiste en conceder al optante... la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quién no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente, se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (SS entre otras, de 13 de noviembre, y 1 y 22 de diciembre de 1992). Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada, el contrato de compraventa queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 y ss CC), en la que figura el artículo 1450, que mantiene desde luego la perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (S entre otras, de 3 de febrero de 1992), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma (y no otra es la hipótesis ahora contemplada), la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada, que no es la que ahora pretenden los recurrentes a través de razonamientos carentes de base fáctica y jurídica, a más de contradictorios en notable medida.

Plazo para ejercitar el derecho de opción de compra. Caducidad.—Por su parte, la S de 30 de junio de 1994 proclama que tratándose, como se trata, de un plazo concedido para ejercitar el derecho de opción de compra, es doctrina de esta Sala reiterada, entre otras muchas, en SS 26 de agosto de 1988 y 9 de octubre de 1989, que el plazo concedido al optante es de caducidad, por lo que, pasado el mismo, se produce, no un incumplimiento contractual, sino la caducidad del derecho de opción, resultando extemporáneo su ejercicio.

Opción de compra. Diferencias con el *pactum de contrahendo*.—Y finalmente la más reciente, de 7 de marzo de 1996, recogiendo la doctrina anterior, declara que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento, que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (SS 9 de febrero de 1985 y 17 de noviembre de 1986), dependiendo de la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad, y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada.

Características del contrato de opción de compra.—Como dice la S 14 de mayo de 1991, es característica del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción.

También en las SS 13 de octubre y 22 de diciembre de 1992 se recoge que las premisas de opción, que integran una consolidada y uniforme doctrina jurisprudencial (SS de ésta de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 22 de junio y 17 de noviembre de 1966, 7 de noviembre de 1967, 21 de octubre de 1974, 26 de mayo de 1976, 12 de julio de 1979, 15 de febrero de 1980, 10 de diciembre de 1982, 9 de octubre de 1987 y 8 de marzo de 1991); son las siguientes: 1) la opción de compra es una figura *sui generis*, con sustantividad propia, mediante la cual el optante logra, de modo exclusivo, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción, es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla en el plazo aludido, y 2) una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la ley, sin que optatario o concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad.

La S 1 de diciembre de 1992 recoge que, como tiene resumido esta Sala, «en el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no».

Requisitos que ha de cumplir el optante.—Entre los requisitos que debe cumplir el optante figura el de notificar el ejercicio del derecho de opción al vendedor optatario dentro del plazo. (STS de 14 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José C. G. demandó en juicio ordinario de menor cuantía sobre otorgamiento de escritura pública de compraventa de local de negocio, a don Jaime y a don José María V. R., así como a sus respectivas esposas, con los que había celebrado un contrato de arrendamiento con derecho de opción de compra. Los demandados formularon reconvencción, en la que solicitaban la resolución del contrato de arrendamiento. Tanto el Juzgado de Primera Instancia,

como, posteriormente, la Audiencia Provincial, desestimaron la demanda, estimando en parte la reconvencción. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

19. Efectos retroactivos de la condición suspensiva.—Respecto del artículo 1120 CC, la doctrina mayoritaria ha ido abandonando la idea del efecto retroactivo de la condición de forma absoluta, y llega a la conclusión de que la relación obligatoria sometida a condición suspensiva produce ciertos efectos desde su constitución, aún cuando no los propios del tipo o género de negocio previsto en dependencia del acontecimiento señalado como condición. Es cierto que una vez cumplida la condición suspensiva, determinados efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de constitución de la misma, entre ellos se encuentran, según el TS: los relativos a los requisitos de capacidad, validez y eficacia del contrato; la convalidación de los actos realizados durante la situación de pendencia por el titular que resulte definitivo; la invalidez de los actos realizados en el mismo período por el titular interino extralimitándose en su poder; el derecho a indemnización por los daños ocasionados a la cosa por un tercero durante la pendencia; el ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana.

Efectos del cumplimiento de la condición respecto de los frutos e intereses producidos por la cosa.—En principio, y salvo disposición negocial en contrario, no hay retroacción respecto de los frutos e intereses percibidos por el deudor de la cosa debida durante el tiempo de pendencia de la condición, tal y como establece el artículo 1120 CC.

Enriquecimiento injusto.—Para estimar la existencia de enriquecimiento injusto, es necesario que se dé un empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o un lucro frustrado; un correlativo aumento del patrimonio del demandado y una falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio.

Actos propios.—Los actos propios, conforme a reiterada doctrina del TS (SSTS de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio de 1992, 12 de abril de 1993, 30 de mayo de 1995, entre otras) se caracterizan por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho.

Incongruencia de la sentencia.—Existe una jurisprudencia reiterada y uniforme (SSTS de 4 y 31 de marzo y 4 de noviembre de 1981, 8 de marzo y 24 de mayo de 1982, 27 de junio, 12 de julio y 29 de septiembre de 1983, 17 de octubre y 21 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 20 de diciembre de 1985, 20 de mayo y 30 de junio de 1988, 12 de mayo de 1989, 28 de febrero de 1991, 19 de noviembre de 1994, 10 de junio de 1995 y 3 de febrero de 1996, entre otras muchas) conforme a la cual, la sentencia desestimatoria de la demanda (absolutoria del demandando) resuelve por sí misma, de forma congruente, todos los pedimentos de la parte demandante, salvo que la desestimación de la demanda se haya determinado por la estimación de alguna excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o se haya basado en una alteración de la *causa petendi*. (STS de 23 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En Junta General Extraordinaria, celebrada el 16 de diciembre de 1989, *Urbis, S. A.*, adopta el acuerdo de aprobar su fusión con otras dos entidades, mediante la absorción por ella de las otras dos.

La validez y eficacia de dicho acuerdo se somete a una condición suspensiva consistente en que se obtengan para la fusión, en grado satisfactorio, los beneficios fiscales previstos por la legislación para este tipo de operaciones. Además se otorgan plenas facultades al Consejo de Administración para que determine si se ha cumplido la condición suspensiva a la que se sometía el acuerdo de fusión. Uno de los accionistas se mostró contrario al acuerdo con el fin de ejercitar, tal y como hizo, el derecho de separación que le concede la legislación aplicable. El Consejo de Administración de *Urbis, S. A.*, al amparo de la normativa aplicable, acordó fraccionar el pago del reembolso de las acciones, en tres pagos parciales. El primero de ellos, en el plazo de un mes desde que se cumplan todas las condiciones suspensivas a las que se sometía el acuerdo de fusión, el segundo de ellos, en el plazo de un año a contar desde aquella fecha y el tercero, en el plazo de dos años, desde la fecha del primer pago. El 17 de octubre el Consejo de Administración estimó que se había cumplido la condición suspensiva con las bonificaciones fiscales que se habían obtenido y, el 12 de noviembre de 1990, *Urbis, S. A.*, pagó al accionista el primer plazo del reembolso. La demanda presentada por el accionista, se dirige a que se declare que los efectos de la fusión deben retrotraerse al 16 de diciembre de 1989, conforme al artículo 1120 CC (momento en el que se acordó la fusión) y que, a partir de esa fecha la demandada debe pagar los intereses de demora.

La demanda fue desestimada en Primera Instancia y en Apelación. El demandante presenta recurso de casación en el que fundamentalmente solicita que se declare que la fusión tiene efectos desde el momento en que se acordó, y que, por tanto, el primer plazo de pago debió tener lugar en diciembre de 1989, y esa fecha es la que se debe de tener en cuenta a la hora de determinar los intereses de demora, por aplicación del artículo 1120 CC, además solicita el pago de dividendos producido por las acciones durante el período de pendencia, pretensión que es rechazada por tratarse de una cuestión nueva que no ha sido planteada ni debatida en el proceso. El TS deniega el recurso.

NOTA.—Si bien la LSA de 17 de julio de 1951 contempla, en su artículo 144, este derecho de separación de los socios disidentes, y la Ley 83/1968, de 5 de diciembre, permite a la Junta General acordar el fraccionamiento del reembolso de las acciones de los socios que se separen, en tres anualidades como máximo (en cuyo caso se habrá de abonar el interés legal a las cantidades pendientes de pago), la actual LSA de 1989 ha suprimido la posibilidad de separación de los socios disidentes o no asistentes a la Junta. (*L. S. M. P.*)

20. El interés convencional y la cláusula de estabilización en el préstamo.—A juicio de nuestro TS: «*El interés convencional (excluido el legal, al que aquí no necesitamos referirnos) de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutuuario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante, pero puede también (cuando su tasa es más elevada) utilizarse como medio de compensar la depreciación monetaria.*».

Cuando el interés pactado en un concreto préstamo –sigue argumentando la Sala–, por la baja tasa estipulada para el mismo, no cumple más que la primera función anteriormente indicada (esto es, retribución o precio por la utilización y disfrute de un dinero ajeno), dicho interés es plenamente compatible con la cláusula de estabilización que hayan podido acordar las partes en el pago de deudas dinerarias (una de las cuales es la denominada cláusula de «escala móvil» o «cláusula índice», en la que, como módulo regulador de la depreciación o revalorización monetaria producida, se atiende a los índices generales del costo de la vida establecidos por el INE). Y ello por cuanto, en este caso, tanto el interés como la cláusula de estabilización desempeñan funciones distintas.

Pero «cuando, por la más elevada tasa estipulada para el interés convencional, ha de entenderse que éste, además de la primera, cumple también la segunda de las expresadas finalidades (compensación de la devaluación monetaria producida por la inflación), no puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida (en el período de duración del préstamo), pues entonces se daría una injustificada duplicidad compensatoria, que haría (o podría hacer) surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908), siendo ésta la razón (o una de las razones) por la que el artículo 219 RH (que, para el préstamo de esa naturaleza, admite la compatibilidad del interés convencional con la cláusula de estabilización) señala un límite máximo a la operatividad revalorizadora de ésta, que no puede, en ningún caso exceder (aparte de intereses y costas) del cincuenta por ciento (50 por 100) del principal (además del reintegro de éste, como es obvio), si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, ni del veinticinco por ciento (25 por 100) en los demás casos, siempre que el plazo del préstamo exceda de tres años».

En el caso de autos, los intereses pactados para el caso de incumplimiento (del 15 por 100 anual) tienen la finalidad de compensar la devaluación monetaria sufrida por la inflación durante el período de duración del préstamo, por lo que la *cláusula de estabilización pactada* también con esta misma finalidad ha de tenerse por «nula e ineficaz, dada la ilícita e injustificada duplicidad que supone con la finalidad compensatoria de la devaluación también desempeñada por dichos intereses». Por otro lado, no se puede considerar usurario el préstamo litigioso, ya que los intereses por sí solos considerados, no pueden ser conceptuados como usurarios al no ser notablemente superiores al normal del dinero, ni manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso (art. 1 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908).

Congruencia de la sentencia.—Se da incongruencia omisiva, según afirma la Sala, al no dedicar la sentencia recurrida el más mínimo o elemental razonamiento acerca de una de las peticiones fundamentales de la demanda que se desestima (la concerniente a que se declare que el préstamo garantizado con la hipoteca está íntegramente liquidado y, en consecuencia, se condene al demandado a otorgarles la oportuna escritura de carta de pago y de cancelación de dicha hipoteca), cuya petición simplemente parece desestimar por la genérica desestimación que, en su «fallo», dice hacer de la demanda. Se infringe así, no sólo los artículos 359 y 372.3.º LEC y el 248. 3 LOPJ, que imponen al órgano jurisdiccional la ineludible obligación de resolver motivadamente todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, sino lo que es más importante, tiene incluso una dimensión constitucional, al vulnerar tanto el artícu-

lo 120.3 CE, que ordena que las sentencias sean siempre motivadas, como el artículo 24 de la misma Constitución que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de dictar una Resolución fundada en Derecho. (STS de 15 de febrero de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública, de fecha 9 de abril de 1976, don Benjamín R. N. hizo a los esposos don José C. O. y doña Eudisia S. P. un préstamo de 8.000.000 de pesetas, que los prestatarios se obligaron a devolver en el plazo de un año a un interés del 4 por 100 anual, satisfecho por anualidad anticipada. En garantía del mismo, los prestatarios constituyeron, en la misma escritura antes referida y a favor del acreedor, una hipoteca sobre una finca urbana propiedad de aquéllos. La verdadera problemática del caso se centra, no obstante, en la cláusula quinta de la escritura, donde las partes estipularon dos condiciones especiales. En la primera de ellas, se pactó expresamente una cláusula estabilizadora aplicable al capital prestado para el momento de su reintegro al acreedor, previo al otorgamiento de la correspondiente escritura de cancelación, consistente en la revisión del valor adquisitivo del dinero con arreglo al índice o índices que se hubieran señalado por el INE como porcentaje del coste o carestía de la vida. En la segunda estipulación, se acordó que, desde el momento en que los deudores incumplieran alguna de las condiciones pactadas en la escritura, los intereses fijados pasarían a devengarse a razón del 15 por 100 anual, también por anualidad anticipada.

La escritura de constitución de la hipoteca fue inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad, menos las dos condiciones especiales de la cláusula quinta, cuya inscripción fue denegada por el Registrador al no reunir los requisitos exigidos por el núm. 3.º del artículo 219 RH.

Durante el período correspondiente a la primera anualidad del préstamo (1976 a 1977), los cónyuges prestatarios pagaron el interés del 4 por 100 de la cantidad prestada, que les había cobrado anticipadamente el acreedor. Al no haber cancelado el capital al vencimiento del plazo pactado (un año), los deudores pagaron al acreedor los intereses correspondientes a las dos anualidades siguientes (de 1977 a 1979), a razón del 10 por 100 por cada anualidad (al que, por mutuo acuerdo, dejaron reducido al pactado del 15 por 100).

Mediante acta notarial, de fecha 8 de abril de 1980, esto es, cuatro años después de la constitución del préstamo, el deudor hizo entrega al acreedor de dos cheques, uno de 8.000.000 de pesetas y otro de 1.200.000 pesetas (que equivalen al capital prestado y a los intereses de la última anualidad, a razón del 15 por 100 anual). Este último los recogió, sin avenirse a otorgar escritura de carta de pago y cancelación de la hipoteca por considerar pendiente de pago, por aplicación de la estipulación primera de la cláusula quinta de la referenciada escritura, la cantidad resultante de aplicar al capital prestado (8.000.000 de pesetas) el porcentaje de los Índices de Carestía de la Vida del período comprendido entre 1976/1980, esto es, el 100,9 por 100, de lo que resulta una cantidad de 8.072.000 pesetas.

Los esposos don José C. O. y doña Eudosa S. P., promovieron, en marzo de 1990, juicio de menor cuantía contra don Benjamín R. N., del que dimana el presente recurso, en el que postularon dos fundamentales peticiones: la nulidad del préstamo, por supuestamente usurario y, en íntima conexión con ello, de la cláusula de estabilización estipulada en el mismo; y la concerniente a que se declare que el préstamo garantizado con la hipoteca está íntegramente liquidado y, en consecuencia, se condene al demandado a otorgarles la oportuna escritura de carta de pago y de cancelación de la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo dictó sentencia por la que estimó sustancialmente la demanda y desestimó la reconvencción formulada por el demandado, en la que se solicitaba la declaración de la licitud y validez de la cláusula estabilizadora. La Audiencia Provincial, resolviendo el correspondiente recurso de apelación, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1992, revocó la de Primera Instancia, absolviendo a la parte demandada. El TS da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Uno de los problemas que se plantean en relación con el aspecto cuantitativo del interés usurario, esto es, cuándo se puede considerar que un interés es notablemente superior al normal del dinero (art. 1 de la Ley de Usura), es lo que ocurre en todos aquellos supuestos en los que junto al interés pactado, aparentemente normal, se estipula una cláusula de estabilización. Lógicamente, el coste efectivo final de la operación se puede ver incrementado en todos estos casos como consecuencia del efecto acumulativo de las cláusulas de estabilización y del pacto de intereses, hasta el punto de llegar a plantearse su posible carácter usurario.

El TS, en la presente sentencia, se da cuenta de la convergencia de funciones que se produce entre las cláusulas de estabilización y los intereses, por cuanto el concepto de productividad del dinero, que justifica al interés como remuneración por el uso de un capital ajeno, no está aislado, al fin y al cabo, del de inflación —motivo por el que se estipulan las cláusulas de estabilización—, porque garantizan que el acreedor no va a ver disminuido, al menos, el valor de su derecho de crédito con el tiempo. Es por ello, por lo que conviene una valoración conjunta del interés pactado y la cláusula de estabilización para determinar el carácter usurario de un préstamo.

Sin embargo, la forma correcta de hacerlo no es, como afirma el TS en la presente sentencia, afirmando que cuando la tasa de interés estipulada compensa la devaluación monetaria producida por la inflación no es compatible con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida, ya que podría surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura), para, acto seguido, declarar «nula e ineficaz» la cláusula de estabilización por la injustificada duplicidad de finalidades que cumple junto al interés, sin mayor argumentación jurídica. El TS en este caso no ha hecho una valoración conjunta del tipo de interés y de la cláusula de estabilización a efectos de la Ley de Usura. Lo que sí que ha hecho la Sala es hacer uso implícitamente del

artículo 1154 CC reduciendo la cuantía que el deudor incumplidor debe abonar al acreedor a su justa medida, atendiendo —entre otros criterios— al daño causado que las partes habían previsto con anterioridad (el pago del 15 por 100 del interés anual). (V. M. L.)

21. Cláusula penal. Deuda ilíquida. No procede el pago de interés por mora en virtud de la regla *in iliquidis non fit mora*.—El TS afirma que una deuda es ilíquida cuando es necesario un procedimiento judicial para fijar su cuantía. Asimismo, declara, en aplicación de la regla *in iliquidis non fit mora*, que cuando la cantidad que se adeuda no es líquida, no procede el pago de intereses moratorios.

Cláusula penal. Moderación por los Tribunales de la cuantía de la pena.—Tiene declarado el TS (SSTS de 20 de octubre de 1988, 3 de octubre de 1989 y 10 de febrero de 1990) que el contenido del artículo 1154 CC es un mandato al Juez para que modifique la cuantía de la pena en los casos en los que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. (STS de 11 de diciembre de 1996; ha lugar, en parte.)

HECHOS.—Se celebra un contrato de arrendamiento de obra entre *Construcciones Marichal, S. L.*, y *Promociones Turísticas Tinerfeñas, S. A.* Como consecuencia de dicho contrato, *Construcciones Marichal, S. L.* interpone demanda contra la otra parte contratante, *Promociones Turísticas Tinerfeñas, S. A.*, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó, en parte, la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente. El TS declaró haber lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

22. Cláusulas penales. Carácter excepcional. Interpretación restrictiva.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 22 de noviembre de 1968, 10 de noviembre de 1983 y 14 de febrero de 1992) señala que las cláusulas penales deben interpretarse de forma restrictiva ya que son excepciones al régimen normal de las obligaciones y contratos. Niega el TS la posibilidad de que una de las partes contratantes, de forma unilateral, incremente la cuantía de la cláusula penal.

Cláusulas penales. Carácter imperativo. Modificación por los Tribunales de la cuantía de las cláusulas penales.—Las cláusulas penales de los contratos son imperativas. Sin embargo, reiterada jurisprudencia (SSTS de 21 de mayo de 1948, 3 de enero de 1964 y 19 de febrero de 1990, entre otras) reconoce, en virtud del artículo 1154 CC, que el Juez de oficio, y por razones de equidad, puede, siempre que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal por parte del deudor, moderar la cuantía de la pena pactada por las partes. Mantiene el TS (SSTS de 20 de octubre de 1988, 16 de noviembre de 1992 y 25 de enero de 1995) que cuando el comprador paga sólo parte del precio de la compraventa, nos encontramos ante un cumplimiento parcial de la obligación asumida por el comprador, procediendo, en consecuencia, la moderación de la cuantía de la pena.

Resolución contrato de compraventa. Restitución solidaria por los vendedores del precio recibido.—La jurisprudencia del TS (SSTS de 26 de

julio y 11 de octubre de 1989, 29 de abril de 1991 y 26 de enero de 1994) realiza una interpretación de los artículos 1137 y 1138 CC en virtud de la cual se admite la solidaridad no establecida expresamente, siempre que se derive del contexto de la relación contractual y de las obligaciones contraídas. Afirma el TS que cuando los copropietarios de un bien asumen la obligación solidaria de vender dicho bien a un tercero, también responderán solidariamente de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir en caso de incumplimiento. Por tanto, en los casos de resolución de una compraventa, los vendedores están obligados a restituir solidariamente al comprador las cantidades que éste haya abonado en concepto de pago del precio. (STS de 12 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promotora El Escorial, S. A.* suscribió, el 21 de septiembre de 1989, en documento privado un contrato de compraventa con los copropietarios de dos edificios sitos en Madrid. Dicho contrato contenía una cláusula en virtud de la cual la compraventa se elevaría a escritura pública antes del 21 de noviembre de 1989. Asimismo, se acordó que si en tal fecha no se había otorgado escritura pública, la compraventa quedaba resuelta, fijándose para dicho supuesto una cláusula penal, cuya cuantía ascendía a la cantidad de 30.000.000 de pesetas. La mencionada cantidad fue entregada por la compradora como parte del precio de la compraventa. Días antes de que venciese el plazo para elevar a escritura pública la compraventa, la compradora abonó 15.000.000 de pesetas a cuenta del precio adeudado. Sin embargo, no pagó el resto del precio acordado, lo cual impidió el otorgamiento de la escritura pública. Ello dio lugar a la resolución de la compraventa, entendiéndose los vendedores que tenían derecho a quedarse con los 45.000.000 de pesetas abonados por la compradora.

La compradora, *Promociones El Escorial, S. A.*, formuló demanda contra los vendedores, suplicando la devolución de los 45.000.000 de pesetas abonados como parte del precio de la compraventa resuelta, más los intereses correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandante y desestimó los recursos de apelación planteados por los demandados. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (*M. J. P. G.*)

23. Tercería de dominio.—Ha declarado reiteradamente esta Sala que el juicio de tercería tiene por finalidad el levantamiento de la traba judicial de las fincas en litigio, a fin de sustraerlas del procedimiento de apremio, por no pertenecer al ejecutado; atendida esta finalidad, la declaración de dominio que se postula en la demanda resulta intrascendente ya que, como dice la S de 2 de noviembre de 1993, «dicha petición es ajena a la referida finalidad institucional del proceso que nos ocupa, en cuanto que la titularidad dominical sobre el bien objeto de *litis* es antecedente o presupuesto condicionante del éxito de la acción de tercería ejercitada, pero no declaración consecuencia que haya de obtenerse mediante el ejercicio de la misma». Si el demandante de tercería de dominio viene obligado a acreditar la existencia del dominio en que apoya su pretensión

de liberación de la traba del bien embargado, en modo alguno ha de instar a que tal dominio se declare en la parte dispositiva de la sentencia.

Datio pro soluto y Datio pro solvendo. Características diferenciadoras.—Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la *datio pro soluto* y la *datio pro solvendo*, recogida entre otras, en SS de 14 de septiembre de 1987, 4 y 5 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989, al decir que «la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite sus bienes de propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido en la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito, que con tal cesión se extingue, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la *datio pro solvendo*, reveladora de la adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 CC, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad al tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el artículo 1175 CC, no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*»; por su parte, la S de 7 de diciembre de 1983, en la misma línea que las citadas y con cita, a su vez, de la de 1 de marzo de 1969, dice «debiéndose añadir que la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna».

Convenio de suspensión de pagos. Naturaleza. Interpretación.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos, y el convenio alcanzado entre el deudor y acreedores goza de esta naturaleza, corresponde al Juzgador de instancia y su resultado ha de ser respetado en casación en tanto el mismo no sea ilógico, inverosímil o contrario a las normas reguladoras de la interpretación contractual; asimismo, es doctrina jurisprudencial que la denominación empleada por los intervinientes en el contrato en modo alguno vincula al organismo jurisdiccional, facultado para prescindir del *nomen iuris* y atenerse a la conceptualización acomodada al contenido negocial (S de 24 de enero de 1986).

Convenio de suspensión de pagos. Poderes de la Comisión liquidadora.—Esta obligación, asumida por el suspenso de otorgar un poder general e irre-

vocable, así como otros que fueren necesarios, está poniendo de manifiesto que las partes eran conscientes de que por el convenio no se transmitía la propiedad de los bienes a los acreedores, ya que de ser así eran absolutamente innecesarios esos poderes; los acreedores, propietarios de los bienes desde el momento de la aprobación judicial del convenio, tendrán la plena disposición de los mismos sin que para la actuación de esas facultades dispositivas se requiriese la utilización de ninguna clase de poder del deudor que sólo es necesaria cuando lo transmitido es una posesión con finalidad liquidatoria de los bienes. (STS de 28 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En expediente de apremio, seguido por la Administración Tributaria del Estado, resultó embargado un inmueble propiedad de don Juan José I. R., pero la Comisión Liquidadora de la Suspensión de Pagos de aquél, interpuso una demanda sobre terceraía de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, en base al convenio suscrito entre el deudor en estado de suspensión de pagos y sus acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó la acción de terceraía de dominio, ordenando el alzamiento del embargo practicado por la Administración del Estado sobre el inmueble. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación y el TS declaró haber lugar. (*M. D. C. H.*)

24. Acción pauliana. Requisitos.—Reiterada jurisprudencia (SSTS de 7 de enero de 1958, 13 de enero de 1986, 25 de noviembre de 1992 y 2 de junio y 28 de noviembre de 1994) afirma que para que prospere la acción pauliana del artículo 1111 CC deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de un crédito, cuya titularidad ostente la persona que ejercita la acción; b) que como consecuencia de actos de disposición patrimonial del deudor en favor de terceros, realizados con la intención de perjudicar al acreedor, no existan bienes suficientes en el patrimonio del deudor para pagar la deuda. Señala el TS que no es necesario que se acredite, mediante un pleito previo, la insolvencia total del deudor, sino que para el triunfo de la acción pauliana es suficiente acreditar que, como consecuencia de una actuación fraudulenta del obligado, éste no tiene patrimonio suficiente para pagar la totalidad de la deuda, causando de esta forma un daño real al acreedor; c) en virtud del artículo 1295 CC, los bienes perseguidos no deben encontrarse en poder de terceros de buena fe.

Requisitos esenciales de los contratos. Apreciación por los Tribunales.—Señala el TS que la existencia o inexistencia de un contrato, el cumplimiento o no de los requisitos esenciales del mismo, establecidos en el artículo 1261 CC, así como la existencia de vicios del consentimiento, es una cuestión de hecho y por tanto su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia.

Interpretación de los contratos. Reglas interpretativas del CC.—El TS afirma que los artículos 1281 a 1289 CC, ambos inclusive, constituyen un conjunto subordinado y complementario de normas. Asimismo, tiene declarado la jurisprudencia del TS (entre otras, SS TS de 20 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990 y 7 de julio de 1995) que el párrafo primero del artículo 1281 CC tiene carácter preferente respecto de las otras normas interpretativas, que tienen carácter subsidiario. Esto significa que si los términos de un contrato son claros

y no plantean duda sobre la intención de los contratantes habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, no siendo de aplicación el resto de las normas interpretativas. (STS de 24 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la enajenación de diversas fincas, por la sociedad agraria de transformación *Nuestra Señora de la O*, la acreedora de ésta, *Caja Rural Provincial de Valladolid*, interpuso demanda contra su deudor y los compradores de las fincas, suplicando, entre otras cosas, la rescisión de los contratos de compraventa por fraude de acreedores.

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

25. No se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada.—El artículo 1166 CC proclama el principio de que no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada, aunque así lo pretenda el deudor. Sin embargo, como todo principio, tiene un límite, que sería el constituido por el llamado doctrinalmente «límite de tolerancia», a partir del cual se podría dar efectividad a una prestación cualitativa o cuantitativamente diferente, pero que se desenvuelve en unos parámetros mínimos.

Incumplimiento que genera la facultad resolutoria.—Existe constante jurisprudencia que declara que el incumplimiento obligacional constituye una *questio facti* marcada por el Tribunal de instancia (STS de 3 de junio de 1993). Y que existe tal incumplimiento cuando el margen de la prestación ofrecida con relación a la que se debiera ofrecer (*aliud pro alio*) rebasa los límites de la llamada «teoría de la prestación diferente», por lo que se puede afirmar que el deudor no ha cumplido lo que le incumbía y el acreedor puede optar por el ejercicio de la facultad resolutoria.

Acción resolutoria por incumplimiento contractual.—El ejercicio de la acción resolutoria surgida *post contractum* y con base en un incumplimiento obligacional, aparece recogida en el artículo 1124 CC. Existe constante jurisprudencia que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) obligaciones de contenido sinalagmático; b) incumplimiento por parte del deudor de todas o algunas de las obligaciones; c) cumplimiento por parte del actor de lo que le incumbe; d) posición psicológica firme del deudor de incumplir con su cometido obligacional.

El artículo 27.1.a LGDCU, de 19 de julio de 1984.—El TS se ampara en la norma que establece dicho precepto al declarar que todo vendedor responderá del origen, identidad e idoneidad de los productos que suministre o venda, para afirmar que es necesario proclamar e insistir que en todas las relaciones contractuales que surjan en el ámbito socioeconómico deben estar impregnadas de una cultura de seriedad, cuando no de veracidad, sobre todo cuando hay un soporte legal como el que proporciona la LGDCU. (STS de 29 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de una remesa de relojes creyendo que eran de una marca de gran prestigio internacional tal y como se había convenido. El comprador recibe, en su

lugar unos relojes que habían sido transformados para dar la apariencia de la referida marca y que, por ello, no tenían la cobertura de la garantía internacional de la marca. El comprador insta la resolución del contrato por incumplimiento que es estimada en ambas instancias. El vendedor presenta recurso de casación alegando infracción de los artículos 1124 y 1166 CC. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia que declara la resolución del contrato por incumplimiento, condenando a los demandados a la devolución del precio entregado. (L. S. M. P.)

26. Novación extintiva. Requisitos.—Conforme al artículo 1205 CC, para que la novación extintiva sea válida, se exige que el acreedor preste su consentimiento de forma expresa o bien que de actos concluyentes e inequívocos se derive su consentimiento tácito. El conocimiento por el acreedor de la existencia de la novación o la interposición de demanda contra el deudor sustituto por parte del acreedor no implica el consentimiento de éste a la novación.

Requisitos de la novación. Apreciación por los Tribunales de instancia.—El TS, como regla general, señala que corresponde a los Tribunales de instancia determinar si se cumplen o no los requisitos de la novación.

Sociedad civil dedicada a actividad mercantil. Responsabilidad de los socios. Equiparación a una sociedad colectiva.—El TS afirma que las sociedades objetivamente civiles y subjetivamente mercantiles, es decir, aquellas sociedades que se constituyen conforme a una forma de sociedad civil pero que tienen actividad mercantil, deben considerarse, a efectos de la responsabilidad de los socios, como una sociedad colectiva. Ello implica, en virtud del artículo 127 CCO, que los socios de este tipo de sociedades responden de forma solidaria. (STS de 25 de noviembre de 1996; ha lugar, en parte.)

HECHOS.—Don A. A. M. y doña M. I. Q. A. concertaron la compraventa de una vivienda y una plaza de garaje con el promotor del edificio, don E. S. L. Las obras del edificio se paralizaron por problemas económicos y jurídicos del promotor. Éste cede todos sus derechos promotores a la sociedad civil *Edificio Múgica 2* que se constituyó para afrontar la promoción del edificio. De esta sociedad formaban parte la mercantil *Servicios Integrados de Urbanismo, S. A.*, así como los compradores de las viviendas. Don A. A. M., en su condición de comprador de una vivienda, tenía atribuida, sin su conocimiento, una cuota de participación en dicha sociedad.

Don A. A. M. y doña M. I. Q. A. interpusieron demanda contra el promotor, don E. S. L., su esposa y contra las sociedades antes citadas, suplicando la resolución de la compraventa y que se condenase a todos los demandados a pagar, de forma conjunta y solidaria, la cantidad de 9.125.000 pesetas, más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados condenados y estimó de forma parcial el recurso de apelación de los actores. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación de uno de los demandados, pero estima el interpuesto por los

demandantes. Por todo ello, casa la sentencia recurrida y declara la responsabilidad solidaria de todos los demandados. (M. J. P. G.)

27. Asunción de deuda. Necesidad de *animus novandi*.—En la asunción de deuda, un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor, pudiendo constituirse el contrato aplicando las normas de la novación por cambio de deudor (arts. 1203 núm. 2, 1204 y 1205 CC) ya sea en forma expromisoria (art. 1205 CC) o en la de delegación (art. 1206 CC), pero en ambas es necesario el *animus novandi* en el que habrá de contemplarse el consentimiento del primer deudor.

Cesión de crédito. Consentimiento del deudor cedido.—El consentimiento del cedido no es requisito que afecte a la existencia de la cesión sino que queda al margen del contrato, y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor, mientras que la simple puesta en su conocimiento sólo tiene la finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el artículo 1527 CC.

Recurso de casación. Requisitos formales.—La conjunción de normas heterogéneas del ordenamiento jurídico en un mismo motivo la tiene vedada la jurisprudencia, por cuanto proyecta confusión en el razonamiento sobre su pertinencia y fundamentación, que es obligación insoslayable del recurrente, máxime cuando unos preceptos son procesales y otros sustantivos, que han de ampararse en un diferente cauce impugnativo, debiendo denunciarse la incongruencia por el núm. 3 del artículo 1692 LEC, según doctrina jurisprudencial que es hoy unitaria y constante.

Incongruencia *extra petita*.—El Juez o Tribunal no puede alterar o modificar los términos del debate judicial, es decir, no puede decidir sobre una cosa distinta derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto de lo cual el Juez no tiene poder de disposición, debiendo ajustarse al objeto del proceso, lo que le impide pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos que se deciden *inaudita* parte en la sentencia.

Un Tribunal no puede resolver, a menos de incurrir en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas oportunamente por las partes. Le está vedado alterar los términos del debate, resolviendo problemas que no le han sido planteados por los litigantes, ya que el principio *iura novit curia* no permite alterar los componentes fácticos ni jurídicos de la pretensión. (STS 13 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aguas de Chiclana* contrata la realización de unas obras con la empresa *Prosein, S. A.*, que, a su vez, contrató las mismas con la mercantil *Asesa*. Esta última subcontrató ciertos trabajos de infraestructura y movimiento de tierras con el actor, don Antonio S. R. El 5 de junio de 1989, *Prosein, S. A.*, requirió notarialmente a *Asesa* para un ofrecimiento de pago en el que se incluían también las cantidades adeudadas por ésta al actor, ofrecimiento que fue, no obstante, rechazado. Mediante documento, de 4 de septiembre de 1989, reconoce *Asesa* adeudar a don Antonio S. R. la cantidad de 10.455.368 pesetas por los trabajos realizados, así como no poder

hacer efectiva dicha cantidad, por no haber cobrado de *Prosein, S. A.*, por lo que le autoriza para que reclame directamente de ésta dichas cantidades. Don Antonio S. R. demandó tanto a *Asesta*, en virtud del contrato de obra celebrado entre ambos, como a *Prosein, S. A.*, sobre la base de una pretendida asunción de la deuda anterior. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso de casación y revoca parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia, en el sentido de absolver de la demanda a *Prosein, S. A. (J. L. R.)*

28. Compraventa de vivienda. Acción de incumplimiento contractual.—Los artículos 1490 y 1484 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, cuestión distinta y compatible con la contemplada en aquellas normas legales y sometida a distinto plazo de prescripción.

Principio de relatividad de los efectos del contrato. La extensión a los sucesores a título particular de los derechos de los contratantes.—Los que adquirieron las viviendas de los anteriores propietarios se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos* y, por tanto, el comprador de una vivienda, que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para recamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa. Es reiterada la jurisprudencia que, por tanto, se manifiesta en el sentido de que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante. Por virtud de la regla *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido. El comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 CC.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—La acción ejercitada por los actores se contrae a solicitar el cumplimiento por la demandada del contrato suscrito con ellos, o en su caso, que se les indemnice por su incumplimiento. Por tal razón, no es posible la estimación de la excepción, por ser parte en el proceso todos aquellos intervinientes en el contrato cuyo cumplimiento se solicita, y que son los únicos obligados por el mismo, sin que pueda requerirse a la parte actora que amplíe su acción a la Comunidad de Propietarios de la que forma parte, ni a la Consejería de Obras Públicas, pues éstas nada tienen que defender, y, consecuentemente, no hay razón para llamarlos obligatoriamente al proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo.

Incongruencia de la sentencia.—El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de los litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción como a las bases fácticas aportadas por los contendientes, pues lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron objeto de debate. (STS de 30 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La promotora *Ibérica Osuna, S. A.*, vende una serie de pisos en régimen de propiedad horizontal. En la descripción de las calidades de las viviendas, en la propaganda emitida por la citada entidad, constaba expresamente la calefacción central. Ante la falta de instalación de la mencionada calefacción central, algunos de los propietarios, que a su vez habían adquirido de los originarios compradores, demandan a la empresa promotora por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de venta en el que ellas no habían intervenido. El Juzgado de Primera Instancia, admitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto y condenó a la entidad mercantil *Ibérica Osuna, S. A.*, a indemnizar a los recurrentes. El TS desestima el recurso de casación.

NOTA.— Es doctrina ya reiterada de nuestro TS que el subadquirente de una vivienda está legitimado para ejercitar frente al promotor las acciones derivadas del artículo 1591 CC en caso de que aparezcan vicios en la construcción. La misma solución se extiende ahora en relación con el ejercicio de otras acciones nacidas del contrato de compraventa entre promotor y comprador, cuando éste transmitió, a su vez, la propiedad a un tercero. Éste es el caso de la S de 30 de abril de 1997, en la que el TS reconoce a los subadquirentes de una serie de pisos la legitimación para ejercitar la acción por incumplimiento de una de las condiciones del primitivo contrato de compraventa —en concreto, la relativa a la instalación de calefacción central en el edificio— celebrado entre promotor y los originarios adquirentes.

Las decisiones del TS no admiten ningún reproche si atendemos a los resultados prácticos perseguidos. Sin embargo, desde el punto de vista dogmático, se plantea la necesidad de justificar la solución propuesta, máxime si tenemos en cuenta que la misma parece oponerse al principio de relatividad contractual, en virtud del cual «las convenciones sólo producen efectos entre las partes contratantes y no perjudican ni benefician a terceros» (STS de 1 de abril 1977).

Podría pensarse que el subadquirente, en cuanto no es parte en la convención celebrada entre el promotor y el primer adquirente, es un tercero y no puede, en consecuencia, resultar vinculado por dicho contrato ni servirse de las acciones derivadas del mismo. Sin embargo, aunque partamos de la base de que tercero es todo aquel que no ha sido parte en el contrato, ni directamente ni por medio de representante, no puede desconocerse que dentro de ese concepto es posible encerrar distintas categorías de personas. Junto a los terceros en sentido estricto o *penitus extranei*, que son aquellos que no sólo no han intervenido

en la formación del contrato sino que son completamente extraños a los contratantes y por ello quedan marginados de la eficacia del contrato, encontramos a otros sujetos, que, sin haber sido parte en el contrato, pueden verse en cierto modo afectados por él, en la medida en que existe un vínculo que les une a alguno de los contratantes. Éste es el caso del heredero o del cesionario, que vienen a ocupar la posición de quien fue originariamente parte en el contrato. Nadie dirá que estamos en estos casos ante una quiebra del principio de relatividad. Más bien se trata de un ejemplo de transmisibilidad de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, exigencia del comercio jurídico. Y es que el principio de relatividad no es sino una pieza dentro del sistema y, por lo tanto, ha de integrarse en él. La misma explicación puede buscarse para la acción directa del subadquirente contra el promotor.

Afirma así nuestro TS que «no es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la relatividad del contrato del artículo 1257 CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos*», es decir, el causahabiente a título particular —en el presente caso, el subadquirente que reclama frente al promotor—. Pese a ello, su posición no puede confundirse (pese a la STS de 1 de abril de 1977) con la del sucesor a título universal, puesto que, a diferencia del heredero, que viene a ocupar la posición jurídica de su causante, el causahabiente a título particular podrá tan sólo aprovecharse de ciertas acciones derivadas de aquellos contratos celebrados en atención al bien transmitido.

No parece, sin embargo, que la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, tantas veces invocada por nuestra jurisprudencia, sirva para justificar la acción directa del subadquirente. Más bien estaríamos ante la derivación de un nuevo principio, surgido a la luz de la moderna imbricación entre distintas relaciones jurídicas y como una exigencia de la utilidad social del contrato. (J. L. R.)

29. Recurso de casación. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.—No hay que olvidar la ya consolidada doctrina constitucional, que establece que un excesivo prurito formalista, que no afecte al principio de defensa, no puede llevar a perjudicar una pretensión con posibilidades de éxito, pues como dice la STC 16 de julio de 1986, el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido mediante la imposición de formalismos contrarios al espíritu del recurso de casación.

Venta de cosa ajena. Teoría de la validez del contrato.—La teoría de la validez de la venta de cosa ajena, a la que, en un principio, fue reacia la jurisprudencia de esta Sala, está hoy admitida plenamente, dada la naturaleza consensual del contrato generador de obligaciones, entre las cuales destaca y es esencial, la que tiene el vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de un precio, sin que ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda ser entregada, bien por ser el vendedor ya dueño poseedor actual, bien por estar o quedar constreñido a la adquisición de la cosa para entregarla al comprador (como epítome la S de 5 de mayo de 1983).

Es más, una sentencia anterior, la de 5 de julio de 1958, afirmaba que el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla.

De toda dicha doctrina jurisprudencial se infiere que el contrato de compraventa regulado en nuestro CC en los artículos 1445 y siguientes, es sólo generador de obligaciones y que la propiedad no se trasmite por el simple contrato (título), sino por éste unido a la tradición (modo), lo que abona la conclusión de la existencia y fundamento del contrato de venta de cosa ajena, teniendo como límite la validez de esta venta, el supuesto de engaño por parte del vendedor y la posibilidad de hacer entrar en juego la teoría del error en la substancia de la cosa, todo lo cual, tanto en el límite probable como en el improbable, haría surgir la posibilidad de pedir el *id quod interest*.

Por todo ello surgen paladinamente los requisitos necesarios para que entre en juego la figura de la venta de cosa ajena, válidamente admitida en nuestro derecho a través de la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, sin que pueda admitir engaño en la actuación del vendedor, ni error en la postura del comprador. Todo lo cual lleva al éxito de la pretensión de la parte recurrente en casación, y al inicio de esta contienda judicial, parte demandada. (STS de 7 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don André R. D. formuló demanda en juicio de menor cuantía frente a don Manuel G. R. y don Hendrikus W. P., sobre declaración de nulidad de contrato de compraventa de bien inmueble. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia donde estimaba la falta de legitimación pasiva de don Manuel G. R. y, de otro lado, desestimaba íntegramente la demanda formulada contra don Hendrikus W. P. La parte actora recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que, de un lado, revocó la resolución impugnada y en su lugar declaró la nulidad del contrato de compraventa de bien inmueble, condenando a don Hendrikus W. P. a pagar al actor la suma de 2.500.000 pesetas en concepto de restitución de las cantidades entregadas con motivo de dicho contrato. Por otro lado, la Audiencia mantuvo el pronunciamiento relativo a la falta de legitimación pasiva de don Manuel G. R. La parte demandada, interpuso recurso de casación, y el TS declaró haber lugar, casando la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando en su totalidad la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (M. D. C. H.)

30. Compraventa de inmuebles. Interpretación del término «señal».
Arras confirmatorias.—Esta Sala de casación civil, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene señalando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio; lo que resulta procedente, en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo, llevada a cabo por esta Sala, en razón de su excepcionalidad y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario. Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el

comprador –respetando la reglamentación del contrato– ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—En los contratos de tracto único la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida. No puede afirmarse, por otra parte, que la elevación del precio de venta del local sea debida a «circunstancias radicalmente imprevisibles», dado que la paralización de las obras de construcción del edificio fue debida a infracciones urbanísticas del constructor vendedor al dar a la edificación un mayor volumen de edificabilidad que el permitido. (STS de 10 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José V. R., constructor de un edificio, vende a don Alfonso F. A. y don Venancio Y. R. un local comercial cuya entrega queda aplazada hasta la finalización de las obras. En el documento privado en que se formaliza el contrato, y tras fijar el precio de venta en 30.500.00 pesetas, se estipula que «a cuenta y como señal de dicho precio los apoderados de los compradores entregan, en este acto, al vendedor 2.000.000 de pesetas, y lo restante se lo entregarán...». Ante la orden de paralización de las obras, ordenada por el Ayuntamiento de Orense, por haberse proyectado la construcción de un número mayor de plantas al permitido, don José V. R. pretende elevar el precio de venta del local, ante lo cual los compradores demandan ante el Juzgado competente que se declare la validez, eficacia y fuerza vinculante del contrato celebrado. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirma la anterior del Juez de Primera Instancia estimando íntegramente la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (J. L. R.)

31. Arrendamientos rústicos. Acceso a la propiedad. Adquisición forzosa.—El artículo 98.1 LAR establece nítidamente, que para la valoración de las fincas en el caso de acceso a la propiedad, se realizará conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa. Y esas normas específicas están constituidas por los artículos 39 y 43 LEF que tienen dos características que destruyen la tesis impugnatoria de la parte recurrente que son: a) que dichas normas no están derogadas por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del suelo, porque no son incompatibles sus valoraciones con las efectuadas por la LEF y sobre todo, porque esta Ley 8/1990, se refiere exclusivamente al suelo urbano o urbanizable, tanto en su aspecto expropiatorio como de valoración; por lo cual una finca rústica laborable y en producción, no puede verse afectada en su valoración por una legislación exclusivamente urbanística, y en consecuencia deben seguir vigentes, en su aspecto de valoración de bienes rústicos, los mencionados artículos de la LEF.

Retroactividad de las normas jurídicas. Estudio de la Ley 1/1992, de 10 febrero sobre Arrendamientos Rústicos Históricos.—El artículo 2.3 CC, establece como principio general la irretroactividad de las leyes, salvo que en ellas se disponga lo contrario, pero no dice qué ha de entenderse como efecto retroactivo. La jurisprudencia de esta Sala, aun estudiando el sistema gradual especifi-

cado, se ha inclinado por el sistema casuístico, dejando en todo caso un margen amplísimo para su interpretación (S 15 de junio de 1989), incluso para los temas de arrendamientos rústicos.

La Ley 1/1992, de 10 febrero, establece una regulación específica principalmente de prórroga concreta de los arrendamientos históricos, estableciendo un carácter normativo especial. Se puede afirmar que la retroactividad de dicha DD, en todo caso, se puede calibrar como de retroactividad de grado mínimo, lo que en el campo de los arrendamientos rústicos, permite sólo aplicar la nueva Ley a los efectos de la relación que nazca después de su entrada en vigor. (STS de 26 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José V. G. y doña Josefa S. F. interpusieron demanda en juicio de cognición sobre adquisición forzosa de arrendamientos rústicos frente a doña María Rosario G. F. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, reconociendo el derecho de la parte actora para acceder a la propiedad de las fincas litigiosas, previo abono a la demandada de una cantidad de dinero, como precio justo; y desestima la demanda formulada en vía reconvenicional contra los actores. La sentencia se recurrió ante la Audiencia Provincial por ambas partes litigantes, quien desestima el recurso deducido por la demandada y estima parcialmente el interpuesto por los actores, revocando la sentencia de instancia en el solo extremo de imponer las costas de la reconvenición a la demandada reconveniente. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (M. D. C. H.)

32. Congruencia.—La sentencia recurrida al condenar al recurrente incurrir en incongruencia, desde el instante mismo que condena a un codemandado que ha quedado fuera de la relación procesal creada a partir de la interposición de la demanda por la entidad, ahora, recurrida... Por todo ello, es aplicable al presente caso la doctrina derivada de la jurisprudencia de esta Sala que determina que ningún codemandado puede instar la condena del otro codemandado absuelto, si el actor no ha apelado la sentencia (por todas, la emblemática S 17 de febrero de 1992).

Acción reparatoria derivada de la responsabilidad decenal.—La acción reparatoria derivada de la responsabilidad decenal o quincenal que proclama el artículo 1591 CC, aparecerá siempre unida de una manera inseparable a la obra afectada por los vicios o defectos cuya reparación se pretende, por lo que podrá ser siempre ejercitada por el dueño de dicha obra o edificación, aunque éste fuera distinto al antiguo propietario, del cual trae causa, y al que se le realizó contractualmente dicha obra. Sintéticamente, se puede decir, y de acuerdo con doctrina pacífica y constante de esta Sala, en relación a las acciones derivadas del artículo 1591 CC, que el adquirente de un determinado inmueble, recibe con su acto de dominio, todas las acciones que defiendan su propiedad, y además dicho artículo 1591 establece la responsabilidad del contratista y técnicos en caso de ruina durante el plazo de diez o de quince años, según el caso, sin distinguir si la finca, en cuestión, ha cambiado, o no, de propietario.

En el presente caso, la parte recurrida ha ejercitado la referida acción reparatoria, y, si bien es cierto que hubiera, asimismo, estado legitimado para ejerci-

tar la acción societaria establecida en la LSA, que permite exigir a un nuevo socio el saneamiento de lo, por él, aportado; el que haya preferido, esta parte recurrida, esgrimir la acción reparatoria basada en el, tantas veces mencionado, artículo 1591 CC, no significa, ni por asomo, que haya pretendido, ni mucho menos consumado, un fraude de ley proclamado en el artículo 6.4 CC.

Naturaleza extraordinaria del recurso de casación.—Lo que pretende la parte impugnante es hacer una nueva valoración hermenéutica de la prueba practicada en la instancia y darle un alcance no hallado en la misma. Es ésta una operación, lógica desde el punto de vista de la parte recurrente para defender su pretensión, pero, desde luego, totalmente inadmisibile desde un enfoque casacional, puesto que una revisión del *factum* de la sentencia recurrida, aparte de destruir la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, convertiría al mismo en una tercera instancia, actividad absolutamente rechazable. (STS de 6 de febrero de 1997; ha lugar a un recurso y no ha lugar al otro.)

HECHOS.—*Cereceda, Construcciones y Transportes, S. A.*, formuló demanda sobre subsanación y reparación de defectos y vicios de construcción, contra don Wenceslao A. E., don Francisco Javier S. D., don Juan Ignacio G. R., don julio L. N. y don Eduardo C. H. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia. Don Wenceslao y don Eduardo interpusieron recursos de casación, y el TS declara no haber lugar al primero y haber lugar al segundo. (M. D. C. H.)

33. Acción directa. Concepto.—La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S de 29 de abril de 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

Arrendamiento de obra. Responsabilidad ex artículo 1597 CC. Acción directa.—Una interpretación progresiva y adecuada a dicha realidad social, hace interpretar el artículo 1597 CC en los siguientes extremos: Primero: el tercero a quien el artículo 1597 explícitamente le concede la acción directa... Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista... Segundo: la acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento es (como dice la S de 11 de octubre de 1994): «razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que el deudor de mi deudor es también deudor mío, etc., hacen que alcance también a los contratistas anteriores... cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un contratista anterior». Tercero: cuando se ejercita la acción directa, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Cuarto: uno de los presupuestos de la presente acción directa, que conforma el contenido de la misma, es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior)... En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de

la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto. (STS de 2 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La Institución de Centros Penitenciarios (dueño de la obra) realizó un contrato de obra por precio alzado, mediante el cual encomendaba una serie de obras a *Nueva Electrónica, S. A.* (contratista), éste a su vez, subcontrató una parte a *Construcciones Tembleque, S. L.* (subcontratista), que a su vez subcontrató al demandante, don Juan José T. V. (segundo subcontratista), quien tras realizar la obra no recibió el pago de la parte del precio, por lo que realizó la reclamación de cantidad al Juzgado de Primera Instancia, que la estimó y condenó al pago solidariamente a los dos demandados, *Nueva Electrónica, S. A.* y *Construcciones Tembleque, S. L.* Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente. Posteriormente los demandados presentaron recurso de casación y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

34. Acción cambiaria. Calificación. Prescripción.—La clase de acción ejercitada en un proceso (aunque el demandante no le dé nombre alguno) viene determinada por los hechos que le sirven de soporte fáctico (*causa petendi*) en relación con los fundamentos jurídicos que se invoquen como aplicables a los mismos y con el *petitum* de la propia demanda. De todo ello se desprende claramente que la acción ejercitada por la actora en este proceso declarativo ordinario fue la cambiaria derivada de las letras de cambio aportadas con la demanda, y siendo ello así, resulta evidente que la misma había prescrito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 950 CCO, ya que la presentación en el Juzgado de la demanda iniciadora de este proceso se realizó cuando ya había transcurrido, con exceso, el plazo de tres años que establece dicho precepto desde el último vencimiento.

Contrato de leasing. Naturaleza jurídica. Falta de pago de las cuotas. Prescripción.—Con la finalidad de dejar sentada la correcta doctrina, la Sala entrará a valorar el supuesto meramente hipotético de que la acción ejercitada en este proceso no hubiera sido la cambiaria, sino la derivada del contrato de *leasing*.

La relación jurídica existente entre la sociedad del *leasing* y el usuario, se configura como un contrato de arrendamiento (arrendamiento financiero), por virtud del cual aquélla cede al usuario la posesión y disfrute del bien mueble de que se trate, a cambio de lo cual el usuario (arrendatario) ha de pagar a la sociedad de *leasing* (arrendadora) una renta o cuota periódica. En consecuencia, a las rentas o cuotas que sucesiva y periódicamente vayan venciendo, les es aplicable el plazo de prescripción de cinco años que establece el núm. 2.º del artículo 1966 CC, pues si bien el mismo se refiere literalmente a los arriendos de fincas rústicas o urbanas, también ha de considerarse subsumible en el mismo cualquier arrendamiento de cosa mueble, al ser idéntica la *ratio legis*. (STS de 24 de mayo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Comercial Hermanos Morales, S. A.*, había celebrado con la sociedad *Unileasing, S. A.*, un contrato de *leasing*, cuyos cánones o cuotas, devengados mensualmente, quedaron intrumentados en treinta y cuatro letras de cambio, con vencimientos mensuales, desde el 15 de agosto de 1981 hasta 15 de mayo de 1984.

En 23 de mayo de 1989, la entidad *Unileasing, S. A.* promovió juicio de menor cuantía contra los avalistas de las mencionadas letras de cambio en reclamación de los cánones o cuotas del referido contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, apreciando la excepción de prescripción. En grado de Apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó al demandado. El TS estima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

35. Usura. Contrato de arrendamiento financiero.—Declara el TS en la presente sentencia que no existe usura por el simple hecho de que los intereses de una operación de *leasing* se calculen sobre una base que no responde al apartado 3.º, en conexión con el apartado 4.º, de la DA 7.ª de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En primer lugar, porque aquel apartado no ordena que se calculen las cargas financieras de la operación de *leasing* de una forma determinada. En segundo lugar, porque no se puede establecer ninguna conexión automática entre usura e incumplimiento de la DA 7.ª, en sus apartados 3.º y 4.º de la Ley 26/1988. Y en último lugar, porque el interés soportado por los recurrentes, que es lo que importa a efectos de la Ley de Usura, según resulta de la prueba pericial (no combatida en el recurso) es del 15 por 100 anual o 16 por 16,075 TAE en la fecha de los contratos (julio de 1989), y no puede calificarse como usurario.

Recurso de casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales: artículo 1692.3 LEC.—Es jurisprudencia constante de esta Sala la que afirma que «la admisión o no de la prueba solicitada pertenece a la soberanía de la instancia. Su juicio ha de ser respetado mientras no se demuestre que es ilógico, irracional o infundado al no admitir la realización de la prueba o pruebas propuestas». Y nada de esto se justifica en el presente recurso, pues carece de sentido alguno reiterar ante la Audiencia, sin el más mínimo apoyo legal que sustente tal reiteración, la práctica de la misma prueba acordada en primera instancia y no practicada, consistente en la designación de un inspector por parte de los Servicios de Inspección del Banco de España para que emitiese un informe, al negarse al Banco de España lo solicitado. Además de ello, el artículo 1692.3.º LEC, en el que se ampara el motivo, requiere que la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales haya producido indefensión. (**STS de 27 de mayo de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Autocares Cereceda, S. A.*, y otros formularon demanda de menor cuantía contra *Bansander de Leasing, S. A.*, en la que se solicitaba la nulidad de ciertos contratos de *leasing*, celebrados por *Autocares Cereceda, S. A.*, con la demandada y afianzados por los otros demandantes. Esta nulidad, según la demanda, provenía de la infracción de la Ley de Represión de Usura, de 23 de julio de 1908 y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Juzgado de Primera Instancia de Salamanca dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, esta sentencia fue confirmada por la Audiencia, el 29 de mayo de 1993. Finalmente, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la demandante. (*V. M. L.*)

36. Contrato de *leasing*. Relación jurídica trilateral.—La relación jurídica material que constituye la base del presente proceso es el contrato de *leasing*, contrato atípico y mixto, integrado por un arrendamiento y una opción de compra, que responde a una función económica de financiación. La sociedad de *leasing* adquiere la cosa al proveedor, que ha sido elegida por el usuario; la entrega a éste en concepto de arrendamiento, a cambio de una cantidad o renta. Y, además, el usuario arrendatario tiene una opción de compra sobre la cosa, a ejercer al término del arrendamiento y por el precio correspondiente a su valor residual. La relación jurídica es, pues, trilateral.

Defecto de litisconsorcio pasivo necesario. Necesidad de demandar al proveedor y a la sociedad de *leasing*. Efectos.—El litisconsorcio pasivo necesario, como figura de creación jurisprudencial, ha sido definido por la doctrina de esta Sala como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la Resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Con ello se preserva el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 CE. En el presente caso la sociedad de *leasing* no ha sido demandada, por lo que las SS de instancia, al declarar la resolución del contrato y que la demandante destine el precio devuelto a cancelar el contrato de *leasing*, hacen dos pronunciamientos que se refieren directamente a quien no fue parte en el proceso. Se debe apreciar, pues, la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Pero su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. (STS de 25 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Transports Anna, S. A.*, había adquirido por medio de un contrato de *leasing* con la sociedad *Central de Leasing, S. A.*, un vehículo del proveedor *Camión Grup, S. A.*, que, a su vez lo adquirió del importador *Scania Vehículos, S. A.*, ajeno a la relación jurídica de *leasing*. El usuario ejerce la acción de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios, demandando a *Camión Grup, S. A.*, y a *Scania Vehículos, S. A.*, pero no a la sociedad de *leasing*. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró resuelto un determinado contrato de compraventa celebrado por la entidad no demandada, *Central de Leasing, S. A.*, con *Camión Grup, S. A.*, absolviendo a *Scania Vehículos, S. A.* La Audiencia Provincial de Gerona confirma la Sentencia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto. (J. L. R.)

37. Contrato de prestación de servicios. Resolución unilateral.—La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser com-

pensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto. Lo que sí resulta improcedente es aplicar el artículo 1581 CC, aunque sea por analogía, al arrendamiento de servicios, puesto que aquél se encuadra entre las disposiciones referidas a los arrendamientos urbanos, que nada tienen que ver con el trabajo personal ni con los contratos *intuitus personae*.

Necesidad de comunicación de la resolución.—Si bien la resolución no se produjo de manera contraria a derecho, la buena fe (art. 1258 CC), la seguridad jurídica, la certeza de la situación y las circunstancias del caso aconsejaban una concreta comunicación. (STS de 12 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, don Ramiro M. P. del R. había venido actuando como perito tasador libre para la compañía *Mutua Madrileña Automovilística*, desde el 11 de noviembre de 1981, percibiendo por sus peritaciones cantidades mensuales de diferente monto, según el trabajo realizado, pero con la garantía de un mínimo de 275.000 pesetas. En el mes de junio de 1986, estando el demandante en situación de incapacidad laboral transitoria, dejó la citada compañía de encomendarle trabajo sin contraprestación alguna. Don Ramiro M. P. del R., considerándose despedido, presentó demanda laboral. Tras declararse incompetente el Juzgado de lo Social por razón de la materia, presentó demanda civil, reclamando el pago de 12.375.000 pesetas, más IVA, por honorarios mínimos garantizados desde junio de 1986 hasta marzo de 1990. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tras ser confirmada la sentencia en apelación, el TS admite parcialmente el recurso del actor.

NOTA.—Como en todos los contratos de duración indefinida, también el contrato de arrendamiento de servicios es, en estos casos, susceptible de resolución por voluntad de una sola de las partes. El ejercicio de este poder de resolución no exige una notificación formal. Sin embargo, viene a decir la S de 12 de mayo de 1997, es preciso que la resolución se haga de tal manera que la otra parte pueda tener conocimiento de la misma, no siendo suficiente el hecho de que dejen encomendarse labores de peritaje al demandado, teniendo fijado éste, como era el caso, una remuneración mensual mínima con independencia del trabajo realizado. Por esta razón, aunque se estima que la resolución del contrato tuvo lugar conforme a Derecho, considera el TS que, teniendo en cuenta el principio de buena fe, la seguridad jurídica, la certeza de la situación y las circunstancias del caso, debió haberse comunicado a la otra parte la resolución. Sólo así se comprende que la pretensión indemnizatoria, a la que accede la sentencia, coincida con la cantidad garantizada correspondiente al tiempo que tardó el actor, teniéndose por despedido, en presentar la reclamación laboral pertinente. (J. L. R.)

38. Préstamo usurario encubierto bajo la forma de un reconocimiento de deuda.—Siendo cierta la jurisprudencia de esta Sala conforme a la cual se ha dado substantividad propia a la suscripción de un documento en el que se reconoce una deuda y ha liberado al acreedor de la carga de la prueba, ello no es óbice para que el reconocimiento de deuda sea un dato más que permita afirmar

el carácter usurario de un préstamo cuando la cantidad que en él se recoge (10.000.000 de pesetas) revele una elevada cantidad de intereses, como es la que supone devolver el doble de lo percibido en el lapso de dieciocho meses, y por el hecho de figurar mayor cantidad que la realmente prestada.

Distinción entre el préstamo y el contrato societario.—Como declara el TS en la presente sentencia, lo elevado de los intereses en el presente caso no se justifica porque cualquiera que sea el destino del dinero, se recibió sin carácter de aportación a negocio común de tipo societario, con riesgos comunes. (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre la mercantil *Zurymar, S. A.*, y los tres recurrentes habían mediado relaciones jurídicas que son constitutivas de un contrato de préstamo. Dicho préstamo de cinco millones dio lugar a un reconocimiento de deuda de diez millones, a devolver en un plazo de dieciocho meses. Esto determinó que la Audiencia de Málaga, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, calificara el préstamo como usurario, declarando nulo el contrato de reconocimiento de deuda. El recurso de casación interpuesto por la citada mercantil no prosperó.

NOTA.—Esta sentencia se inscribe dentro del grupo de aquellas que consideran, con buen criterio, que para declarar nulo un contrato de préstamo en el que se suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada (supuesto contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1 de la Ley de Usura de 1908), no basta una simple disconformidad de cantidades, sino que, además, se precisa que el interés resultante de esta diferencia sea notablemente superior al normal del dinero, como lo es en el presente caso (*Vid.*, en este mismo sentido, la STS de 30 de diciembre de 1987, *CCJC*, 1988, núm. 16, p. 81 ss., comentadas por García Cantero, que declara la nulidad de un contrato de préstamo en el que se decía recibida por el prestatario la cantidad de 12.217.366 pesetas, siendo efectivamente entregadas 8.206.053 pesetas, de las que resultaba un interés del 22,65 por 100, lo que, unido a las circunstancias angustiosas del prestatario, inclinó al Tribunal a considerar el contrato nulo por usurario).

Por otro lado, hay que destacar el criterio seguido por la Sala para distinguir el préstamo con un interés excesivo del contrato de sociedad, al que en principio no sería aplicable la Ley de Usura. Así, cabe pensar que mientras que en el préstamo, el interés es una ganancia exorbitada estipulada a favor del acreedor usurario, que está determinada o es determinable a partir del momento de la celebración del contrato, en cambio, en el contrato de sociedad, el reparto de ganancias o beneficios puede no darse. Es, por tanto, un contrato aleatorio, con riesgos comunes a todos los socios. (*V. M. L.*)

39. Concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual.—Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas

en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Actuación de la Administración pública como relación de Derecho privado.—Existe una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala 1.ª del TS según la cual cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (...) realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 LRJAE. (STS de 18 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Al paciente M. R. C. le suministraron unas sustancias médicas, cuando estaba ingresado en un hospital catalán, a través de las cuales resultó infectado con el virus VIH causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y el virus de la hepatitis C. El enfermo falleció años más tarde constante el proceso para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la transfusión. El Juzgado de Primera Instancia apreció incompetencia de jurisdicción y no resolvió la demanda contra el hospital, la Seguridad Social de Cataluña y Generalitat de Cataluña. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, entró a conocer y estimó en parte la demanda, absolviendo al hospital y a la Generalitat y condenando al Institut Català de la Salut a pagar la indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso. (Y. B. M.)

40. Responsabilidad por riesgo. Prestación por las entidades bancarias de los servicios de caja mediante el sistema de cajeros automáticos.—La doctrina de esta Sala es decidida y constante al declarar que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias (S de 22 de noviembre de 1993, entre otras muchas). «Tal responsabilidad fundada en la creación del riesgo no encuentra aplicación al caso de autos ya que en modo alguno puede afirmarse que la prestación por las entidades bancarias de los servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de cajeros automáticos, ya se instalen a pie de calle o en habitáculos cerrados, constituya una actividad creadora de riesgos para los usuarios que exija la adopción de medidas de prudencia y seguridad tendentes a evitar la actuación del daño».

Es inaplicable en este caso la doctrina contenida en la S de 26 de febrero de 1993 pues, aparte de que se trata de una Resolución emanada por la Sala 2.ª no vinculante para ésta, el supuesto de hecho allí contemplado (robo con fuerza en las cosas en entidad bancaria) no guarda ninguna analogía con los hechos fundamentadores de esta *litis*, dado el distinto contenido de la prestación del servicio de caja y el de utilización de cajas de seguridad. En el caso de autos no existía ninguna obligación legal de adoptar medidas de seguridad para preservar la integridad física de los usuarios, ni de la relación contractual se derivan las obligaciones de «garantía de clausura» y de «garantía de conservación» a que se refiere la sentencia citada de la Sala 2.ª.

Relación de causalidad.—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, siendo precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC, pues «el cómo y el porqué se produjo» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. En el caso sometido a debate, no puede afirmarse que las lesiones sufridas por la recurrente, al ser asaltada por un desconocido, sean una consecuencia, ligada por aquella relación de necesidad, del estado en el que se encontraba el cerrojo instalado en la puerta de acceso al cajero automático y que impedía cerrar la puerta desde el interior, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida sobre la actora por el tercero desconocido que la atacó. (STS de 1 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En la medianoche del día 6 de mayo de 1990, doña Ángela M. R. se introdujo en el recinto cerrado de un cajero automático sin que pudiera asegurar la puerta por rotura o mal estado del pestillo y, tras efectuar una extracción con la documentación correspondiente y marcando el número clave, se vio sorprendida por otra persona que, a punta de navaja, le arrebató el importe de la operación produciéndole en el forcejeo una seria herida en la mano izquierda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda presentada por doña Ángela M. R. contra don Jaime R. N. y la *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona* «La Caixa». La Audiencia Provincial revocó la sentencia recaída en primera instancia, desestimando la demanda formulada por la actora. El TS no apreció el recurso de casación de la demandante. (V. M. L.)

41. Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpas. Moderación de la cuantía de la indemnización.—El TS considera negligente la conducta de la víctima cuando es un profesional en el trabajo encomendado y no ha adoptado las medidas de precaución pertinentes. En los supuestos en los que existe concurrencia de culpas (culpa del causante del daño y culpa de la víctima), el TS afirma que debe moderarse la cuantía de la indemnización, en virtud de una aplicación extensiva del artículo 1103 CC.

Responsabilidad extracontractual. Moderación de la indemnización. Facultad de los Tribunales de instancia.—Tiene declarado el TS que el uso de la facultad de moderación de la responsabilidad prevista en el artículo 1103 CC corresponde a los juzgadores de instancia. Asimismo, declara que no es susceptible de casación el uso que se realice de dicha facultad, salvo en los supuestos en los que se realice un uso irracional o ilógico de la facultad moderadora y en los supuestos en los que no se utilice dicha facultad, existiendo, en el caso concreto, circunstancias que aconsejen su utilización. (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don S. C. C. contrató a don F. R. G. para que realizase unos trabajos de reparación en un tejado. Cuando don F. R. G. estaba realizando los trabajos de reparación en el tejado, sin adoptar las medidas de seguridad que le eran exigibles, resbaló y chocó contra el tendido eléctrico que sobrevolaba el mencionado tejado sin respetar las distancias mínimas establecidas en la legislación vigente. Como consecuencia de lo anterior, don F. R. G. falleció.

Don F. R. M. interpuso demanda contra *Unión Eléctrica Fenosa, S. A.*, y don S. C. C., suplicando que los demandados fueran condenados, en forma solidaria, al pago de 20.000.000 de pesetas, más los intereses legales correspondientes, en concepto de indemnización por el fallecimiento de don F. R. G.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados y estima, en parte, el interpuesto por el demandante. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

42. Responsabilidad extracontractual. Facultades judiciales en la valoración del daño. Determinación de la cuantía indemnizable mediante baremos.—La función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto, entendiéndose que la cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente (como resulta entre otras de la STS de 25 de marzo de 1991).

La existencia de numerosos baremos que adoptan la forma de Orden, Decreto o incluso de Ley mueve al TS a plantearse en la presente sentencia el problema de su aceptación por parte de los órganos judiciales y su compatibilidad con la función jurisdiccional que les es propia. A este efecto, la Sala 1.^a distingue entre los baremos de aceptación voluntaria o los que, como sucede con el impuesto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, tiene un pretendido carácter obligatorio.

Con relación a los primeros, nuestro Alto Tribunal recuerda que la función de cuantificar los daños y perjuicios es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales y no puede ser voluntariamente abdicada, sustituyéndola por la simple aplicación de un baremo cuyo carácter normativo no puede desconocerse (STS de 25 de marzo de 1991). Esto no impide, sin embargo, que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en un baremo. Pero, «los órganos de instancia tan sólo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo. Cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá en cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad que le concede la doctrina jurisprudencial se torne en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución nor-

mativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados en las actuaciones judiciales».

En cuanto a la aplicación forzosa de un baremo por parte de los órganos jurisdiccionales a todos los daños personales causados en la circulación de vehículos, concretamente el contenido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, de 8 de noviembre de 1995, el TS recoge en esta sentencia los argumentos que se han formulado en contra de su aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria no sólo en el ámbito del seguro obligatorio, sino también en el seguro voluntario. Así, y en primer lugar, destaca que la aplicación forzosa de este baremo *va en contra de las facultades de valoración de la prueba propias de los Tribunales de Justicia* en todos aquellos supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coinciden con los señalados en el baremo. De hecho, en cuantos supuestos suceda esto, la aplicación forzosa y forzada del baremo resultaría contraria, no sólo al tenor literal del artículo 1902 CC, sino también a la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que, desde siempre, viene interpretando este importantísimo principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia, en que se funda la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, al no tomar en consideración el baremo, el seguro voluntario, que se superpone sobre el obligatorio, y los pactos que en él se contienen, donde es usual la falta de limitación de la responsabilidad por los aseguradores, se atenta directamente contra *el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código Civil* y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando además un lucro en quienes, percibiendo una prima mayor que la debida por el seguro obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo.

La imposición forzosa y exclusiva del baremo para cuantos asuntos versen sobre los daños ocasionados por la circulación de vehículos de motor supone, además, una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas, lo que vulnera claramente *el principio de igualdad ante la Ley*, que proclama el artículo 14 CE. También aparece infringido *el derecho a la vida y a la integridad física*, que recoge el artículo 15 CE, pues en aquellos casos en que se ha producido un atentado contra tal derecho compete a los órganos judiciales reparar el daño causado. Y esto no tiene lugar cuando la reparación del daño no alcanza a la totalidad de su contenido, sino a la suma que el baremo fija, con independencia de su cuantía real, atendiendo a la indemnización que se estima justa en relación al importe de las primas del seguro obligatorio.

Sin perjuicio de la improcedencia que, en términos generales, cabe predicar de la utilización de baremos para fijar la cuantía de los daños, que compete a la soberanía de los Tribunales de instancia, en el caso concreto de autos no puede decirse que se haya procedido con vulneración del principio de irretroactividad de las normas que sustenta el artículo 2.3 CE, ya que, aunque el Tribunal de apelación aplica los baremos incluidos en la Orden de 3 de marzo de 1991 a un suceso que ha tenido lugar con anterioridad a la misma, el artículo 3 de la citada Orden recaba su fijación como procedimiento idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago correspondiente al ramo de daños personales derivados de accidentes de circulación.

Recurso de casación: valoración del daño.—Aunque como tiene reconocido de forma constante la jurisprudencia del TS (SS de 7 de junio y 29 de sep-

tiembre de 1986 y 17 de septiembre de 1987), la cuantificación de las indemnizaciones es función de los Tribunales de instancia, entendiéndose por tales la Sala de apelación, excepcionalmente se permite la revisión en casación cuando se combaten adecuadamente las bases en las que se apoya la cuantificación del daño. «Y no cabe duda de que la utilización de un baremo, en lugar de basar aquélla en el resultado de las pruebas, comporta una mutación de las bases que puede acceder a la casación».

Intereses moratorios.—La presente sentencia recuerda la moderna doctrina de esta Sala que impone el abono de los mismos desde la fecha de la demanda, apreciando que, a partir de tal día, se considera adeudada la cantidad a cuyo abono finalmente se condena, con independencia de que esta cantidad coincida con la inicialmente solicitada en la demanda. (STS de 26 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Manuel F. R. tuvo un accidente conduciendo un camión propiedad del Ayuntamiento de La Palma del Condado (Huelva), como consecuencia del cual sufrió lesiones y secuelas (como fractura abierta del parietal, hipoacusia del oído izquierdo y síndrome de inestabilidad postraumática), que derivaron en la declaración de incapacidad. El accidente fue debido a un fallo de los frenos del camión motivado por el lamentable estado en que éste se encontraba.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de La Palma del Condado (Huelva) fue visto el juicio de menor cuantía núm. 205/1990 seguido a instancia de don Manuel F. R. contra el Ayuntamiento de La Palma del Condado sobre reclamación de indemnización por responsabilidad extracontractual, siendo la sentencia dictada desestimatoria de la demanda. Contra dicho fallo se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva, que revocó la de la instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por el actor, condenando al demandado a indemnizar a don Manuel F. R. en la cantidad de 2.250.000 pesetas, por las lesiones y secuelas derivadas del accidente, más los intereses legales desde la interposición de esta demanda. El TS desestima el recurso de casación del Ayuntamiento demandado.

NOTA.—El mayor valor doctrinal de esta sentencia reside en los razonamientos que hace la Sala 1.º del TS con ocasión de este recurso de casación, pero al margen precisamente de la causa determinante del fallo (y que aquí han sido recogidos en primer lugar bajo el título de «*Facultades judiciales en la valoración del daño. Determinación de la cuantía indemnizable mediante baremos*»). Estamos, pues, ante lo que se conoce como puros *obiter dicta* que, en línea de principios, no tendrían valor jurisprudencial. Sin embargo, esto no es del todo cierto en la medida en que constituyen un reflejo de la forma de pensar de nuestro Alto Tribunal sobre una materia tan importante como es «la relativa a la aplicación voluntaria o forzosa de baremos que faciliten, en el primer caso, o impongan, en el segundo, criterios normativos objetivados para el cálculo de la indemnización». En concreto, respecto del Anexo contenido en la DA 8.ª de Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

(que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) y la falta de adecuación al principio de total indemnidad de la víctima del daño que en ocasiones presenta la aplicación forzosa del baremo que en ella se contiene, en aquellos casos en los que las pruebas aportadas en el proceso arrojan unos resultados que se apartan de la suma por él fijada. (V. M. L.)

43. El principio de irretroactividad de las leyes. La aplicación de la Ley de 7 de enero de 1991.—La diferente redacción del artículo 1903 CC introducida por la Ley de 7 de enero de 1991, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en febrero de 1989, no es aplicable a los mismos, puesto que las leyes no tienen efecto retroactivo. La nueva redacción del artículo 1903 CC, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad.

La culpa como principio general en materia de responsabilidad extracontractual. La tendencia objetivadora.—El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor. (STS de 10 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En el transcurso de una clase de dibujo en un Centro de Enseñanza no Superior, un menor hiere a una compañera al introducirle un lápiz en el ojo, causándole importantes heridas que, a pesar de las intervenciones quirúrgicas y el tratamiento médico, le dejaron graves secuelas. En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda que los padres de la menor herida habían interpuesto, y el

Juzgado condena al Colegio al pago de siete millones de pesetas. Dicho fallo es confirmado en apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS estima los motivos presentados por el Colegio, casando la S dictada por la Audiencia Provincial. (C. L. S.)

44. Operación de vasectomía. Naturaleza del contrato.—Ya esta Sala, por S de 25 de abril de 1994, se pronunció distinguiendo la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico-quirúrgica, cuando se trata de curar o mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir. Mantiene en este orden, refiriéndose al primer aspecto, que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica —insuficientes para la curación de determinadas enfermedades—, y, finalmente la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. En cuanto al segundo aspecto, la meritada sentencia expresa que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, y en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual— en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue... De ahí que esta obligación que, repetimos es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos, a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente, que no paciente, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

Distinción jurídica entre: «cirugía asistencial» y «cirugía satisfactiva».—El «resultado» en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación

final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética y operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso.

Inimputabilidad médica. Aplicación de la doctrina del caso fortuito.—Pero si al resultado se llega, y, previas las comprobaciones oportunas en el período postoperatorio, mediante los análisis espermiográficos necesarios, se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, esto es, observando los plazos necesarios o mediante la producción de las eyaculaciones aconsejables sin copula reproductiva, no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto.

La responsabilidad médica no es objetiva.—Esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médicosanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causal.

La prueba de la paternidad.—Ha de observarse que la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de admisión o confesión en cuanto responde al principio de verdad en la procreación. Tampoco cabe que la paternidad la funde el órgano jurisdiccional, tratándose, como ocurre en el caso, de un matrimonio, en el régimen de presunciones establecido en el CC, especialmente en su artículo 116. Sin duda que estas presunciones que responden al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de la intimidad del matrimonio y estabilidad familiar, parten del hecho de la normalidad presumida de los cónyuges como sujetos aptos para la reproducción, no sólo, por tanto, porque tengan capacidad de copulación sino también en cuanto se considera gozan de potencia generatriz. Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige, en buena hermenéutica, una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad. (STS de 11 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Miguel P. G. y doña Delia M. V. interpusieron una demanda contra el médico que le practicó una vasectomía, contra los analistas que verificaron con posterioridad el resultado, así

como contra las compañías aseguradoras de las responsabilidades civiles, reclamando daños y perjuicios como consecuencia de la concepción y posterior nacimiento de otro hijo, tras haberse sometido a una operación de vasectomía para conseguir la infertilidad, ya que este hecho generaba nuevas obligaciones económicas al matrimonio que ya vivía en condiciones de precariedad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. Tras ello, presentaron recurso de casación y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

45. Responsabilidad profesional del médico: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada del delito.—La responsabilidad médica, no es sino expresión de la más amplia de la responsabilidad profesional y tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas. Puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el artículo 1101 CC, o extracontractual, cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, cuya responsabilidad extracontractual u obligación derivada de acto ilícito (principio *alterum non laedere*) se contempla como principio en el artículo 1902 CC y se desarrolla en la jurisprudencia; o, por último, la responsabilidad civil derivada del delito cuando se ha atentado a la convivencia mínima en la sociedad, se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil deriva de éste, como prevén el artículo 1092 CC y los artículos 116 y siguientes CPe.

La prueba de la culpa en la realización del ilícito.—No son opuestos entre sí los conceptos de esta triple responsabilidad (contractual, extracontractual y derivada del delito) sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas. Lo que conviene destacar es la cuestión de la prueba de la culpa: la responsabilidad por delito o falta deberá probarse plenamente en proceso penal y de ella deriva la responsabilidad civil; la responsabilidad contractual por incumplimiento, probado éste, presume la culpa, sufriendo el incumplidor la carga de probar que ha sido por caso fortuito o por fuerza mayor, como se desprende del artículo 1183 CC; en la responsabilidad extracontractual se presume la culpa, invirtiéndose la carga de la prueba, desde la sentencia de 10 de julio de 1943 y se aproxima a la objetivación cada vez más, desde 1981.

La obligación del médico como obligación de medios u obligación de resultado.—Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción de la responsabilidad derivada del delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia. La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un

resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la actividad de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como se ha reiterado en esta sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994.

La prescripción en materia de responsabilidad extracontractual.—El artículo 1968, núm. 2, establece una presunción anual para la responsabilidad extracontractual. El artículo 1969 CC dispone, en efecto, que el cómputo comenzará, *dies a quo*, el día en que la acción pudo ejercitarse y, en casos como el presente, tal como dicen las SS de 15 de julio y 4 de noviembre de 1991, 15 de marzo de 1993 y 14 de febrero de 1994, «el momento del comienzo del cómputo» —tal como dice literalmente esta última— «del plazo prescriptivo ha de referirse siempre, cuando de lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, el día en que, producida la sanidad, se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido determinado en el correspondiente dictamen pericial». (STS de 22 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, dos años después de haberse sometido a una intervención quirúrgica, sufrió unas secuelas acaecidas con ocasión de la operación realizada. En Primera Instancia consigue que el juez condene solidariamente al pago de la indemnización, al médico que lo operó y al Instituto Nacional de la Salud. La Audiencia Provincial confirma esa sentencia, y el TS —una vez interpuesto el recurso de casación por el Instituto Nacional de la Salud—, lo desestima. (C. L. S.)

46. Carácter de la responsabilidad extracontractual de los médicos.—Es doctrina consolidada de esta Sala que, en la conducta de los profesionales sanitarios, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, fundándose su responsabilidad en principios netamente culpabilísticos. (STS de 26 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un joven sufre una fractura en una pierna mientras hacía deporte e inmediatamente es trasladado a un centro hospitalario, donde se le realiza una intervención quirúrgica. Durante el postope-

ratorio, el paciente adolece de molestias, pero los médicos no le dan importancia. Más tarde, el médico abre el vendaje y comprueba que la herida sufría un proceso gangrenoso. Las inevitables secuelas que le han quedado, así como los gastos sufridos, hicieron que el joven interpusiera demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, pero fue desestimada. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia anterior, y condenó al Instituto Nacional de la Salud al pago de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el INSALUD. (C. L. S.)

47. Concreción de la Jurisdicción aplicable al conocimiento del caso como garantía constitucional.—Nos encontramos con una actuación totalmente correcta desde un punto de vista de conocimiento procesal, ya que aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, se ha instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, hay que afirmar que la evitación del «peregrinaje procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 CE.

Responsabilidad profesional de los médicos.—La responsabilidad profesional dentro del área de la medicina, tiene que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados «deberes médicos» —*lex artis ad hoc*—, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un «buen padre de familia».

El llamado «principio de protección de la confianza legítima».—De los hechos surge lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su S de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar sus intereses. En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos. (STS de 6 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Un médico no comunicó a su debido tiempo el resultado de una amniocentesis. La futura madre supo que su hijo padecería el síndrome de Down cuando ya se encontraba fuera del plazo legal para proceder a una interrupción legal del embarazo. Dado el alcance de la negligencia, la paciente interpuso la correspondiente demanda, pero ésta fue desestimada en Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación, el TS lo casó y anuló la sentencia anterior, condenando solidariamente a la doctora y al Servicio Valenciano de Salud al pago de la cantidad solidada. (C. L. S.)

48. Alcance de la responsabilidad extracontractual del médico. La carga de la prueba.—El médico tiene una responsabilidad derivada de una

obligación de medios y no de resultados *—lex artis ad hoc—*; y en dicha cuestión no cabe la tesis de la inversión de la carga de la prueba. Como epítome se puede citar la S de 21 de febrero de 1992, cuando dice que se debe rechazar la teoría de la inversión de la carga de la prueba, como consecuencia de la responsabilidad por riesgo, que en modo alguno debe predicarse, en materia de responsabilidad médica, en la que únicamente puede accederse al funcionamiento del mecanismo reparador cuando se acredite cumplidamente la negligencia de quien causó el daño.

En este sentido, hay una propuesta de Directiva de la Comunidad Europea que tiene las mayores probabilidades de constituir Derecho positivo vigente en España, que establece que la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de los servicios sanitarios. (STS de 20 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora interpone una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia, con el objeto de que le sea resarcido el daño sufrido por unas lesiones surgidas con posterioridad a una operación realizada en el servicio de urgencias. Al ser desestimada la demanda, la paciente interpone entonces el pertinente recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, condenando al INSA-LUD al pago de una parte de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Instituto. (C. L. S.)

49. La responsabilidad sanitaria y la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Como indica la S de 1 de julio de 1997, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28. 2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 ss.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en las debidas condiciones al usuario. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.

La naturaleza de la obligación del médico. Obligación de medios y obligación de resultado.—Según se recoge en la S de 22 de abril de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la obligación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y

correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento. (STS de 21 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, después de sufrir una caída que le causó una fractura en el tobillo, ingresó en un centro del INSALUD donde, tras la realización de las necesarias curas e intervenciones quirúrgicas, se le detectó una gangrena y acabó con la pierna amputada. Al no padecer herida externa, pretende probar que la gangrena surgió como consecuencia de alguna de las operaciones realizadas. La demandante interpone una demanda en Primera Instancia, y es estimada parcialmente, condenando al INSALUD a pagar diez millones de pesetas. Al pronunciarse la Audiencia Provincial en igual sentido, el INSALUD decide interponer recurso de casación, pero el TS confirma la sentencia de la Audiencia. (C. L. S.)

50. Omisión de la vigilancia debida. Culpa *in vigilando* en el ámbito empresarial.—Las medidas de protección no se agotan con el suministro o mero hecho de estar provista la empresa de los materiales y elementos de seguridad adecuados, sino que le imponía un plus de mayor atención y cuidado, representado por la vigilancia y necesario control a cargo del encargado de la cuadrilla de trabajadores, de que se utilizasen dichos elementos previsoros de accidentes, para no dejar posibilidades, que resultaban previsibles, de que aconteciera el accidente en un actuar normal y conveniente, al menos al comienzo de los trabajos y que aun en dimensión leve de negligencia, dadas las circunstancias del caso, resulta suficiente para hacer presente la concurrencia de culpa civil.

Cuando se produce culpa *in vigilando* la responsabilidad de las entidades empresariales o patronales es directa, una vez que resulta acreditada la causación material de los daños por los dependientes o subordinados. Dicha culpa está conexcionada a la falta del preciso control y aseguramiento de las condiciones en las que se va a desarrollar un trabajo, que por sí se presenta peligroso, de forma bien conocida y notoria, y que en todo caso se realizaba en beneficio y provecho de la empresa.

No apreciación de caso fortuito.—El matiz cuasi-objetivo sin exclusión de culpa, impide apreciar situación de caso fortuito en la causación de los daños, que dejaría sin indemnización a la víctima.

La aplicación del artículo 1105 CC sólo procede cuando se trata de sucesos no previsibles o que, previstos, resultasen inevitables. En manera alguna puede hablarse de imprevisibilidad cuando el resultado dañoso se ha probado

que derivó de un comportamiento culposo de la recurrente. (STS de 30 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un accidente laboral producido por una descarga eléctrica, el dañado solicita una indemnización a la empresa para quien desempeñaba ese servicio, por no haberle proporcionado las medidas de seguridad y precaución adecuadas al ejercicio de su trabajo. En Primera Instancia se estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia. La empresa, no estando de acuerdo con el pronunciamiento dictado, interpone recurso de casación que es desestimado por el TS. (C. L. S.)

51. Responsabilidad extracontractual por emanaciones tóxicas. Inmisiones: artículo 1908.2 CC.—Son muchas las sentencias de esta Sala que proclaman, en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual *ex* artículo 1902 CC, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*). Es por ello por lo se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, como tiene declarado esta Sala «el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos» (SS de 16 de octubre de 1989, 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre de 1990, 28 de mayo de 1991 y 24 de mayo de 1993, entre otras).

Por otro lado, y además, ha de tenerse en cuenta el núm. 2 del artículo 1908 CC, que es donde el presente caso litigioso encuentra su subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expedidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en el supuesto de daños continuados o de producción sucesiva.—«Es consolidada doctrina de esta Sala (SS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuan-

do no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida». (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios, usufructuarios y aparceros de unas fincas situadas en Cataluña, con base en los daños que dicen venir sufriendo en las mismas como consecuencia de las emanaciones tóxicas o contaminantes procedentes de una fábrica de productos químicos, ejercitan acción de responsabilidad por culpa extracontractual en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, demandando a la mercantil *Minas de Potasa de Suria, S. A.* (propietaria de la referida fábrica). En su demanda solicitan se dicte sentencia por la que se declare que los daños y perjuicios sufridos por las fincas de los actores son consecuencia de la actividad industrial que *Minas de Potasa de Suria, S. A.* ha venido desarrollado desde 1964 hasta la actualidad; y se condene, por tanto, a la mercantil demanda a pagar los correspondientes daños y perjuicios que se acrediten sobre las fincas por su nula o escasa producción, atendiendo en la fijación de su cuantía a la posición de cada actor y a los tiempos y proporción en que han sido afectados y perjudicados, concretando en el caso de dos de los de los demandantes que eran aparceros que se les tiene que indemnizar en las tres cuartas partes de lo que resulten perjudicados; y que, hasta que las fincas afectadas no vuelvan a tener su estado sano y normal y a producir una cosecha media normal como lo hacen otras fincas de la zona no contaminadas, se obligue a la empresa demandada a pagar a los perjudicados los perjuicios que se puedan acreditar anualmente.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, condenó a *Minas de Potasa de Suria, S. A.*, a pagar el desmérito de las fincas afectadas como consecuencia de la actividad industrial desarrollada, desde el año 1964 hasta el año 1987 inclusive, así como los correspondientes daños y perjuicios que se fijen en la fase de ejecución de sentencia, atendiendo a la respectiva titularidad o posición de cada actor. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes contendientes, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 10 de febrero de 1993, modificando parcialmente la sentencia de primera instancia, se pronuncia en el sentido de considerar que el momento final para el cómputo de los daños y perjuicios que se reclaman por los actores es el de la interposición de la demanda inicial del procedimiento, debiendo de procederse en la fase de ejecución de sentencia, a la estimación de los daños y perjuicios sufridos con arreglo a las siguientes bases: un solo perito, ingeniero de montes, determinará la merma que, en el momento de la presentación de la demanda, presentaban las fincas, instalaciones y aperos de los actores, teniendo en cuenta en el caso de las fincas que se ocupan en concepto de masovería, que su merma se pondrá en relación con el valor en renta de las fincas y los porcentajes que a los masoveros les corresponda percibir, y en cualquier caso se tendrá que tomar en consideración la posibilidad efectiva de que las fincas afectadas recuperen su valor normal de mercado. La cantidad resultante por este procedimiento deberá ser indemnizable a los actores hasta el límite máximo solicitado de

100.000.000 de pesetas. Frente a esta sentencia, fue interpuesto recurso de casación por la mercantil demandada, que no prosperó. (V. M. L.)

52. Determinación de la jurisdicción competente: competencia civil o competencia laboral.—De la lectura de los distintos apartados comprendidos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, se desprende que la materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no concurre en el supuesto que nos ocupa, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual, excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime, cuando en la demanda inicial del procedimiento se hace alusión a que la acción que se ejercita es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC. La reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las referidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC) que es la culpa o negligencia no penadas por la ley, y así lo declara el artículo 97. 3 de la Ley de Seguridad Social. (STS de 21 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita en Primera Instancia una indemnización de 20.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente laboral. El demandante, en el momento del accidente era menor de edad y desempeñaba un puesto inapropiado dada su inexperiencia y tipo de contrato. La pretensión indemnizatoria fue desestimada por incompetencia de jurisdicción, pero dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial. El empresario condenado interpuso recurso de casación y el TS desestimó las pretensiones del empresario, declarando no haber lugar al recurso. (C. L. S.)

53. Jurisdicción civil. Competencia.—Como se dijo en la S de 21 de diciembre de 1993 siguiendo una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS —SS de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985—, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción con el orden civil, toda cuya doctrina es de aplicación a este litigio.

Prescripción de acciones.—La instrucción de ésta (de la causa penal) interrumpió el plazo de la demanda, y sin que la circunstancia de que el

Ayuntamiento no tuviera conocimiento oficial de la misma sea relevante a los efectos de la prescripción, ya que la acción civil no podía dirigirse contra nadie hasta la terminación procesal de las referidas Diligencias Previas.

Culpa extracontractual.—Corresponde señalar que, como ha entendido esta Sala, entre otras, en S de 20 de mayo de 1996, lo que se acusa en casación es la cuestión de derecho y, en su atención, la causabilidad de los hechos probados en relación al hacer u omitir de quien resultó demandado, al imputársele participación en la comisión de los mismos, de tal manera que es necesario partir de una actuación humana constatada, con independencia de su intensidad, para el alcance jurídico de la misma y su calificación culpabilística, ya que la subjetividad no ha desaparecido del Código Civil y se mantiene vigente en su artículo 1902... Los integrantes de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Zamora con otra actuación más adecuada, a la que estaban obligados por mor de que, en situaciones como la enjuiciada, su actividad había de ser, amén de reflexiva, ajustada a las aplicaciones de la ciencia para evitar perjuicios a terceros, previsiblemente pudieron salvar el percance determinado en el párrafo precedente, y al no obrar así, con sus mentadas acciones y omisiones se ha producido la consiguiente conexión con el daño resultante, al concurrir datos probados, definidores de la culpa extracontractual, de acuerdo, entre otras, con las SS de esta Sala de 13 de febrero de 1993 y 30 de diciembre de 1995. (STS de 8 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Nélida C. S., en nombre propio y en beneficio de la comunidad hereditaria que se había constituido a la muerte de su padre, demandó a don Víctor P. F., a *Construcciones Granadilla, SLR*, a don Lucas E. N. y al Ayuntamiento de Zamora, siguiendo los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que le abonaran solidariamente las indemnizaciones derivadas de los daños y perjuicios causados, como consecuencia del hundimiento de la finca de su propiedad, así como de los sobrevenidos por la privación del ejercicio de la actividad mercantil y comercial que venía en ella desempeñando. El Juzgado de Primera Instancia, absolvió al Ayuntamiento de Zamora y condenó a los restantes demandados a que indemnizaran solidariamente a la actora. La Audiencia Provincial revocó parcialmente esta sentencia, y condenó a todos los demandados, salvo a don Víctor P. F. El Ayuntamiento de Zamora interpuso recurso de casación, pero el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

54. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Jurisdicción competente.—«Cuando la Administración, como es el presente caso, actúa contratando la ejecución de una obra, no actúa en el ejercicio del *ius imperii*, sino como contratante particular, en una relación (contractual) de derecho privado; la persona que sufre un daño no impugna un acto administrativo (en cuyo caso debería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa) sino que pide su reparación por aquella actuación que atentó contra el principio de *alterum non laedere* y que proclama el artículo 1902 CC. La jurisdicción competente es, por ello, la civil, sin que tenga aplicación el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que se refiere a las relaciones de Derecho público, es decir, a la actuación con *imperium*». Además, la Sala 1.^a

recuerda que es doctrina propia de la misma la que mantiene que cuando es demandada la Administración y un particular ante un Tribunal de orden civil, éste tiene jurisdicción.

El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, como parte de la Administración del Estado que es, tiene capacidad jurídica, puede contratar y debe responder del acto ilícito (responsabilidad extracontractual), gozando asimismo de capacidad para ser parte (según se desprende del mismo art. 1 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado). Cuando, como en el presente caso, actúa como un particular, como un promotor, a través de la adjudicación de un contrato de obra en su dimensión de Derecho privado, deberá responder frente al daño causado a un tercero en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 CC y de las normas de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, sin que éstas puedan ser alteradas o derogadas por las normas administrativas que afectan a ambas partes contratantes (arts. 20 ss. y 44 y 46 de la Ley de Contratos del Estado).

Valor de la prueba de confesión judicial.—La confesión, como recoge la S de 22 de octubre de 1996, «es una prueba más y puede ser desvirtuada por otras apreciaciones probatorias, en cuanto que en nuestro ordenamiento procesal rige el sistema de libertad en la valoración de la prueba, salvo que aquélla se hubiera prestado bajo juramento decisorio, con lo que el juzgador se encuentra facultado para optar entre unos u otros elementos probatorios, no siendo el de la confesión superior a los demás».

Prescripción de la acción para reclamar los daños: artículo 1968.2.º CC.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que mantiene que «la prescripción extintiva, como instituto no fundado en estricta justicia, debe ser interpretado restrictivamente (SS de 9 de octubre de 1990, 6 de julio de 1991, 30 de mayo de 1992, 14 de julio de 1993 y 20 de junio de 1994 y 26 de diciembre de 1995). Por lo cual, tiene que estar muy clara la prescripción para aplicarla a un caso concreto y en el presente, no aparece así ni siquiera en la propia formulación del recurso, ni en los autos, ni en la sentencia de instancia, en que ni se menciona». Por otro lado, señala el TS que el cómputo del plazo, *dies a quo*, que contempla el artículo 1969 CC es la *actio nata*, la posibilidad de ejercicio de la acción que es cuando se tuvo conocimiento del daño objeto de la reclamación (SS de 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 25 de febrero de 1987 y 25 de julio de 1990). Finalmente, recuerda la Sala que la prescripción no se produce *ipso iure* al cumplirse el plazo, sino que es el favorecido por ella quien debe alegarla (S de 20 de mayo de 1987), por medio de excepción o incluso de acción. Y la parte recurrente alega la prescripción en este recurso, como cuestión nueva, a la que no se hace referencia en las SS de instancia, que, por este solo hecho debería inadmitirse. (STS de 21 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un edificio situado en Valencia, construido correctamente, con estructura y cimientos adecuados y conservado en perfecto estado, por razón de las obras de construcción del Metropolitano y las excavaciones que se estaban realizando en el subsuelo, cerca de metro y medio del edificio, sufrió un pequeño desplome, por el hundimiento del terreno que lo sustentaba, que produjo una serie de desperfectos, grietas y daños en general, que se acreditaron más intensos

cuanto más próximos se hallaban del chaflán o zona en que se realizaron las obras del túnel y de la estación subterránea.

Formulada demanda por la Comunidad de Propietarios del edificio y otros ante el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Valencia, se condenó, en lo que aquí interesa, con carácter solidario al Ministerio (llamado entonces) de Transportes, Turismo y Comunicaciones y a *Dragados y Construcciones, S. A.*, al abono del importe de las obras y de los gastos de reparación de los daños. En trámite de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia la confirmó, en la parte expresada. Finalmente, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados. (*V. M. L.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

55. Títulos nobiliarios. Adquisición por usucapión: plazo. Prescripción extintiva de la acción para hacer valer el derecho: plazo.—Si de modo reiterado acepta la Sala 1.^a, como modo de adquisición de un título nobiliario, la posesión ininterrumpida por tiempo de 40 años (SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de julio de 1986, 21 de junio de 1989 y 6 de marzo de 1992, entre otras), resultaría contrario a la más elemental lógica jurídica el establecer que la acción para hacer valer el derecho a una dignidad nobiliaria se extingue (prescripción extintiva) por el transcurso de sólo quince años, ya que ello conduciría al absurdo jurídico de que el mero detentador de un título sin haber consolidado su derecho a la usucapión de cuarenta años, se vería protegido frente al que ostentara un mejor derecho genealógico a dicho título, al que se negaría el ejercicio de su mejor derecho por no haber usado del mismo dentro del plazo de quince años. Por tanto, el plazo de usucapión y extinción deben ser los mismos cuando la usucapión lleva insita la prescripción extintiva del derecho, pues una y otra son vertientes o puntos de mira conexos de un mismo fenómeno jurídico (STS de 16 de noviembre de 1994).

La renuncia: alcance y tipos.—La renuncia supone una declaración de voluntad, recepticio o no, dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, distinguiéndose entre renuncia propia o abdicativa, cuando se desiste del derecho con ámbito de eficacia sólo personal, y la renuncia impropia o abdicativa, en cuanto se renuncia a favor de otra persona, la cual implica cesión (STS de 16 de octubre de 1987). Además, mediante la renuncia traslativa de derechos sólo se puede ceder lo que se tiene. (**STS de 26 de diciembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Por parte de la actora se reclama el mejor derecho al uso, disfrute y posesión de un título nobiliario, en detrimento del demandado y de cualquier otra persona que se considere con mejor derecho. La demanda fue estimada en primera instancia. La Audiencia confirmó este pronunciamiento y el TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I. D. L.*)

56. Usucapión extraordinaria: requisitos posesorios.—El título posesorio en calidad de usufructuario no es suficiente para la prescripción adquisitiva ya que la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que es imprescindible la posesión en concepto de dueño para que se produzca la usucapión (SS de 6 de junio de 1986, 5 de diciembre de 1986, 20 de noviembre de 1990, 14 de marzo de 1991, 10 de julio de 1992 y 29 de octubre de 1994). Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, y tan terminantes son estos preceptos que el TS, al aplicarlos, hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 CC sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño. Y esta posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. Además, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño. Asimismo, la S de 3 de junio de 1993 reitera que la posesión en concepto de dueño *ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse.*

Acción reivindicatoria: demandado.—Del mismo modo, la acción reivindicatoria debe dirigirse contra quien posea indebidamente en concepto de dueño y no quien posea en otro concepto como es el de usufructuario, y además la acción no debe prosperar ya que el adquirente es un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Acción de partición de herencia.—El artículo 1965 CC al disponer la imprescriptibilidad de las facultades inherentes a los derechos (*in facultativis nori datur praescriptio*) como, en lo que aquí interesa, la del coheredero para pedir la partición de la herencia, es indiscutible. Sin embargo no existe incompatibilidad entre las respectivas disposiciones de los artículos 1959 y 1965 CC, pues la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de una herencia, no impide que pueda alegarse una situación de usucapión; respecto a bienes atribuidos inicialmente a la masa hereditaria.

Enriquecimiento injusto.—Su base es la atribución patrimonial sin causa. Se resume en la idea de que ciertos hechos pueden provocar un enriquecimiento sin causa, de una persona, a costa del empobrecimiento de otra de los que nace la obligación del primero de reparar el perjuicio causado al segundo. (STS de 7 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. I. S. M. y otros formularon demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad, contra doña C. M. V., y otros ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontareas que desestimó la demanda. En grado de apelación, la

Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

57. Doctrina de la accesión.—El derecho de opción que establece el artículo 361 CC a favor del dueño del suelo no impide que el edificante pueda ejercitar su pretensión para reclamar su derecho sobre el terreno o solar, incluso con anterioridad e independientemente de la opción del dueño del terreno, sobre todo existiendo buena fe y habiéndose efectuado la construcción de forma no subrepticia.

Accesión invertida.—Se excluye la doctrina de la accesión invertida porque ésta es solamente aplicable para el caso que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es de propiedad ajena. (STS de 27 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. M. y don A. P. M. presentaron demanda sobre declaración de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia que desestimó la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia estimando el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Comunidad de bienes. Administración y disposición de cosa común: arrendamiento de local de negocio y autorización para la realización de obras modificativas de su estructura y configuración.—Los actos de un comunero, y por ende, las autorización por él concedida al arrendatario, que supongan una alteración en la configuración de la cosa común constituyen actos de disposición que requieren del consentimiento unánime de todos los comuneros; así lo puso de manifiesto la S de 12 de mayo de 1972 al decir: «... si bien por regla general el contrato de arrendamiento es un acto de administración, como se ha declarado varias veces por este Tribunal, puede en algunos casos por la naturaleza de las cosas a que se contraiga rebasar los límites de la mera administración, como aquí ocurre, en que se autorizaron y realizaron unas obras, que como declara la sentencia recurrida, sin impugnación en el recurso, alteraron la configuración y estructura del local debatido, y en este sentido es necesario reconocer que no se hallaban facultados los condueños demandados que sólo representaban a la mayoría de los dos tercios de la totalidad, sin anuencia de los restantes partícipes, de cuyos derechos dominicales expresamente reconocidos en la Ley, quedarían restringidos o conculcados», doctrina que igualmente se recoge en la S de 19 de octubre de 1993, a la que se hará referencia seguidamente.

Actos de disposición: necesidad del consentimiento unánime de todos los condueños. Mala fe del arrendatario autorizado por copropietario mayoritario que no consta fuera quien se relacionaba normalmente con los arrendatarios.—Dice la S de 19 de octubre de 1993 que «si bien es doctrina de esta Sala (SS de 24 de marzo de 1960, 23 de septiembre y 17 de diciembre de 1964, 25 de septiembre de 1968, 12 de mayo de 1972 y 2 de noviembre de 1978) la que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras, que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado, constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición por lo que cuando los arrendadores son los copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere del consentimiento unánime de todos los condueños (art. 397 CC), también tiene declarado

esta Sala, sin que ello entrañe contradicción alguna con la doctrina anteriormente expuesta, que cuando el condueño-arrendador que, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario, manifiesta a éste que se le concede autorización para la realización de una obra, dicha manifestación libera de responsabilidad al arrendatario por la ejecución de las mismas, toda vez que el referido arrendatario no tiene intervención alguna en el régimen interno de la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquél ante ésta, pues el criterio contrario iría no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe establecido en varios artículos del CC y recogido con especial relieve en el artículo 9.º LAU».

Por ello, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, no es bastante para la realización por el arrendatario de obras que alteren la configuración del local, la autorización concedida por uno o varios comuneros-coarrendadores que ostenten la mayoría de participación en la comunidad, sino que es necesario el consentimiento unánime de todos. Por otra parte, la situación de buena fe de los arrendatarios respecto a la realización de las obras con fundamento en la autorización dada por un solo comunero, se deriva, no de que el autorizante sea partícipe mayoritario en la comunidad, sino de que ese copartícipe sea quien, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario.

Concedores los arrendatarios de la situación de condominio a que estaba sometido el local litigioso, no quedaban amparadas frente a los condueños las obras realizadas, modificadoras de la configuración del local arrendado, por la autorización dada por uno de los comuneros, no obstante ser mayoritario, no estando probado en autos que fuese el autorizante el copropietario con quien normalmente se relacionaban aquéllos». (STS de 19 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Autorización otorgada a los arrendatarios de un local de negocio por un sólo condueño, mayoritario pero sin representación de la comunidad y sin relación previa con aquéllos, para la realización de obras que han modificado su configuración y debilitado la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de la autorización de las obras, y la Audiencia Provincial revocó su decisión. Interpuesto recurso de casación, el TS decide casar y anular la sentencia recurrida, confirmando la de Primera Instancia. (R. D. R.)

59. Ejercicio del derecho de retracto entre comuneros.—El plazo cuenta desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación; conocimiento que no se refiere a tener noticia o mera información, sino y necesariamente a haber sabido y entendido todos los pactos y condiciones de la transmisión. El artículo 1524 CC, al señalar, como comienzo del cómputo de los nueve días para el ejercicio del derecho de retracto, la fecha de inscripción de la venta, estima con presunción *iuris et de iure* que en ese momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, con lo que aquel plazo se contará desde el día siguiente a realizarse la inscripción, si bien cuando se acredite que el retrayente conoció la venta *con anterioridad* a la fecha de la inscripción, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento, pero no así cuando se invoque que el conocimiento fue posterior a la inscripción.

Legitimación pasiva.—No es posible, salvo que se incurra en una flagrante contradicción, negar la cualidad de comunero al retrayente, cuando la acción divisoria se dirige por la actora frente al mismo comunero. (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María Luz P. P. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zamora contra don Castor N. F., en la que se ejercitaba la acción divisoria, en base a ser la actora titular de las cuatro quintas partes y el demandado, titular de una quinta parte de la finca objeto de contienda; la sentencia accedió a la pretensión de la actora —previa la acumulación—, no obstante las dos demandas precedentes existentes, en las que la parte demandada en este pleito, insta como actora la correspondiente acción para que se estime el ejercicio de su acción de retracto de comuneros interpuesta precisamente contra aquella demandante, por cuanto que su adquisición en cuatro quintas partes se ha visto cuestionada por esas demandas de retracto. La Audiencia Provincial de Zamora estimó el recurso, revocando la decisión de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

60. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo o de los estatutos: unanimidad.—Las disposiciones estatutarias han de cumplirse, para su modificación se requiere la unanimidad, extremo que no puede ser suplido por la voluntad de un solo comunero, aunque sea con intervención judicial.

Gastos de comunidad. La individualización de estos gastos, para que no todos se paguen por cuotas, exige unanimidad.—La individualización de ciertos gastos generales, para que no todos se paguen por cuotas, supondría la nulidad de la escritura de constitución de la propiedad horizontal, al dejarla ineficaz en un punto esencial de la misma; y, sobre todo, se vulneraría de lleno el artículo 16.1.º LPH, que exige el acuerdo de la junta de propietarios «por unanimidad» para que sea válida la aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos. (STS de 22 de diciembre de 1993). (STS de 16 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un piso, sujeto a régimen de propiedad horizontal, demandó a la Comunidad de propietarios, solicitando: 1.º) la nulidad del acuerdo de aprobación de presupuesto para el ejercicio de 1989, adoptado en la Junta de 15 de abril del mismo año, y 2.º) la individualización de ciertos gastos generales. El Juzgado estima sólo el punto 1.º. La Audiencia, por el contrario, desestima todas las peticiones de la actora. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (I. D. L.)

61. Propiedad horizontal. Junta de propietarios. Adopción de acuerdos por mayoría: casos.—Para la ejecución de las obras que no producen alteración del edificio o de sus elementos comunes ni afectan al título constitutivo, basta el acuerdo de la mayoría.

Acuerdos de la Junta que requieren unanimidad: sus impugnaciones.—El hecho de que para determinados acuerdos la LPH exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de la unanimidad esté, viciado de nulidad radical o absoluta, pues, por un lado, los acuerdos que entrañan infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanción por el transcurso del plazo de caducidad que establece el artículo 16.4.º LPH, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo (SSTS de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990, entre otras).

Inobservancia de la regla de la unanimidad en la adopción de acuerdos que la requieran: anulabilidad.—La regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho (STS de 24 de septiembre de 1991).

Prueba de los daños y perjuicios.—Toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos.

Daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales y recurso de casación.—El artículo 1101 CC, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, por sí solo, dada la generalidad de su contenido, para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene, a no ser que se armonice con los más específicos que, para cada uno de los supuestos a que se refiere, contiene el CC (SSTS 20 de noviembre de 1987, 7 de noviembre de 1991 y 30 de enero de 1993, entre otras).

Sentencias absolutorias: incongruencia.—Las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia, salvo que tal pronunciamiento absolutorio esté, basado en la estimación de una excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o en una alteración de la *causa petendi*. (STS de 19 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a las obras de cerramiento parcial, con respecto a la vía pública, del espacio de terreno que circunda un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, los propietarios de sendos locales comerciales situados en la planta baja de dicho inmueble demandaron a la Comunidad al entender que dichas obras (acordadas por Junta de 9 de junio de 1988) extinguieron o modificaron la servidumbre pública de paso que grava el soportal existente en los bajos del edificio, produciendo un perjuicio económico para sus establecimientos; por tanto, los actores solicitaron la demolición de dichas obras y que se condenase a la demandada a indemnizarles los daños y perjuicios causados. Quedó demostrado que el cerramiento o cercamiento dispone de diversos hue-

cos o portillos, permanentemente abiertos, que permiten el libre acceso por los mismos y que no se impugnó el acuerdo antes citado dentro del plazo de caducidad legalmente establecido al efecto. En primera instancia se condenó a la demolición de las obras de cerramiento, pero la Audiencia revoca el fallo desestimando íntegramente la demanda y el TS no da lugar al recurso de casación. (*J. D. L.*)

62. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos de Junta.—Hay que distinguir entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación que son aquellos —acuerdos impugnables y provisionalmente ejecutivos— cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la LPH o de los Estatutos de la Comunidad, pues *so pena de incurrir en el riesgo de crear un amplio y recusable margen de inseguridad jurídica, no puede ser otra la interpretación que corresponde al párrafo primero de la regla 4.ª del artículo 16 de dicha Ley.* Frente a éstos habrían de situarse aquellos otros que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo tercero del artículo 6 CC, y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. (**STS de 7 de abril de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Concesa F. L., actuando por sí y en beneficio de sus hijos don Luis Fernando y doña Susana B. F., como propietarios de un local de negocio sito en Burgos, presentó demanda impugnando los acuerdos adoptados por sendas Juntas de Copropietarios de la Comunidad demandada; una celebrada el 1 de marzo de 1990 por la llamada «Comunidad restringida» y la otra el 29 de mayo de 1990 por la «Comunidad General». El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, pero apelada su resolución fue revocada por sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos. El TS no casó la sentencia recurrida. (*A. J. C.*)

63. Propiedad horizontal. Rótulos colocados de modo permanente y destinados para identificar, por un nombre, un determinado edificio.—Además de los elementos comunes por naturaleza, que son los que, con carácter meramente enunciativo y no excluyente o de *numerus clausus*, relaciona el artículo 396 CC, existen los llamados elementos comunes por destino o accesorios que, sin serlo por naturaleza o esenciales, han de estar sometidos, en cuanto a su alteración o supresión, al mismo régimen jurídico que aquéllos. En este sentido los rótulos identificativos en la cúspide del inmueble son elementos estructurales del edificio litigioso y, al serlo, la supresión de los mismos ha de ser acordada por unanimidad de todos los copropietarios (arts. 11 y 16.1.ª LPH), sin que sea válido un acuerdo de la Comunidad adoptado por mayoría simple. (**STS de 28 de abril de 1997**; ha lugar.)

HECHOS.—El B. A., S. A., presentó demanda contra la Comunidad de Propietarios del Edificio 103 de Rambla Nova de Tarragona

sobre nulidad de acuerdos de la Junta Ordinaria relativos a la supresión de unos rótulos colocados en lo alto del edificio, ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Tarragona que estimó parcialmente la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona estimó en parte el recurso. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (A. J. C.)

64. Servidumbre natural del aguas: requisitos.—Los presupuestos para que surja la servidumbre de aguas a que se refiere el artículo 552 CC son los siguientes: a) que las fincas afectadas deben estar situadas en la línea descendente las unas de las otras; b) que, a tenor de lo que dice la S de esta Sala de 12 de enero de 1906, las fincas en cuestión han de ser de naturaleza rústica, nunca urbana, circunstancia que en el presente caso no concurre ya que las fincas en cuestión tienen naturaleza urbana, no presenta duda alguna, y es un dato reconocido por todas las partes, que las parcelas en cuestión son parte de una urbanización, que así están consideradas en un Plan Parcial de Urbanismo; c) que el discurrir de las aguas debe estar constituido por un curso natural de las mismas, sin intervención, en mucho o en poco de la mano del hombre, requisito que tampoco se cumple en cuanto se ha comprobado, que las aguas descienden por la vía urbana que delimita la urbanización en la cual se encuentra su parcela, vierten en la misma, gracias a unas determinadas obras de instalación efectuadas por el propio recurrente, de pequeños tubos que atraviesan la acera de la referida calle o vía urbana. (STS de 14 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. Z. S. formuló demanda de menor cuantía sobre derecho de servidumbre legal de aguas y acción negatoria de servidumbre de desagüe contra don J. G. N. y otros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Palma de Mallorca estimó parcialmente la demanda y declaró que el predio del actor tiene a su favor servidumbre de desagüe de aguas y que los demandados señores G. M. carecen de derecho de servidumbre de desagüe de aguas. Ambas partes apelaron y la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, estimó el recurso interpuesto por los demandados. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

65. Servidumbres legales de luces y vistas: utilización de materiales traslúcidos.—La cuestión debatida (acción real negatoria de servidumbre de luces y vistas con petición de condena a tapiar e inutilizar el hueco abierto en pared de edificio, propiedad de la demandada) se centra en la consideración que se dé al material constructivo del muro de cerramiento compuesto en parte por *ladrillo pavés* de naturaleza traslúcida. Hace tiempo que la doctrina científica ha estudiado, en relación con las luces y vistas, el empleo de material traslúcido en las paredes o muros, que sin ser medianeros, sean contiguos a otro fondo y, en general, se ha entendido que una construcción de tales características en el muro divisorio propio será siempre posible para el dueño, sin limitaciones de distancias (art. 582 CC), medidas o protección (art. 581 CC) ya que no constituyen un hueco sino un muro, sin otra especialidad, que permitir parcialmente el paso de la luz. Estas técnicas de construcción, al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y

582 CC citados, ni tampoco en su espíritu, pues la utilización de esos materiales no es con fines de luz exclusivamente, sino de ornato o resistencia, que se traduce, en definitiva, en belleza y seguridad del edificio, por lo que este progreso, al no estar comprendido en la regulación del Código Civil, sobre estas relaciones de vecindad, constituye una laguna legal, y para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto a la del vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente. En cualquier caso lo que resulta importante, como cuestión fáctica es que la construcción reúna dos elementos mínimos: 1) que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su concepción como frágil); 2) que, no obstante, permitir el paso de la luz, el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras informes. (STS de 16 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado promovió juicio de menor cuantía, contra C. y P. P., S. A. y otros, sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Palma estimó la demanda, declarando que los demandados no tienen servidumbre de luces y vistas y les condena al tapiado e inutilización del hueco abierto en el muro del edificio en la parte que colinde con el vuelo de la finca del Estado. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

66. Prenda irregular: aplicación del artículo 1866 CC.—El artículo 1866 CC en ningún caso permite la realización de la prenda, sino únicamente la extensión de su efecto de garantía, ni tampoco el perjuicio de terceros. Es más, el párrafo segundo del mismo, permite extender los efectos garantistas de dicha prenda a otra deuda, entre las mismas personas, que no se tuvo en cuenta, en el momento de acordarse la referida garantía. Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta la STS de 24 de junio de 1941 en el sentido de exigir a esta figura de garantía, dos requisitos esenciales, como son: a) que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas está garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y b) que la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que esté garantizada con la prenda.

En resumen, lo que se pretende en el artículo 1866 CC, es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda, pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento de esas otras deudas para su satisfacción, y ni mucho menos, que con ello pueda perjudicarse terceros afectados por la deuda principalmente garantizada. Además en el presente caso, no se da la situación que prevé el artículo 1144 CC, sino que aquí, lo que ha ocurrido, es que con la pérdida del depósito irregular que garantizaba prendariamente una o varias deudas, pérdida imputable, única y exclusivamente, a la parte recurrente, se ha perjudicado irremisiblemente, la posibilidad de subrogación del fia-

dor que paga, con las mismas garantías que adornaban al acreedor, para el caso de repetición hacia los otros fiadores solidarios. Todo ello, significa, que desde luego el acreedor puede ir contra uno, dos o todos los deudores, pero nunca, que destruyendo en su propio beneficio e indebidamente una garantía obligacional, deje sin la misma al deudor que ha pagado, cuando trate de ejercitar su derecho de repetición hacia los otros deudores, obligados solidariamente con él.

Doctrina de los actos propios.—La teoría de los actos propios, debe partir de la base de una acción humana que defina de un modo inalterable la situación del que lo realiza y que pretende en base a los principios de la buena fe y confianza, concretar la seguridad jurídica. (STS de 21 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 11 de marzo de 1989 se formalizó una póliza de préstamo con garantía personal ante Corredor de Comercio, por la que la recurrente concedía a la mercantil *Construcciones G y M, S. L.*, un préstamo con garantía personal por un importe de 15.000.000 de pesetas, operación que fue afianzada —entre otros— por don Aurelio C. J. simultáneamente, mediante un anexo a la susodicha póliza, el mismo día, el deudor principal entregó en prenda a la entidad bancaria una libreta de ahorros de la que era titular, abierta el día anterior en la misma entidad bancaria, con saldo inicial de 7.000.000 de pesetas, si bien la prenda sólo cubría hasta la cifra de 6.000.000 de pesetas, comprometiéndose el Banco a mantener en su poder durante toda la vigencia del préstamo el susodicho depósito. Posteriormente, la entidad bancaria recurrente permitió que se dispusiese de la prenda hasta dejarla reducida a la ínfima cantidad de 2.843 pesetas sin conocimiento ni consentimiento del fiador señor C. Llegado el vencimiento del préstamo, la recurrente requirió de pago al avalista señor C. de los intereses devengados y el principal pendientes. Ante ello, aquél, ignorando la desaparición de la prenda, abonó el 13 de febrero de 1986, en concepto de intereses 1.242.913 pesetas e hizo un serio ofrecimiento de pago de 8.000.000 de pesetas al prestamista mediante requerimiento notarial al que adjuntaba un cheque conformado, cantidad a la que adicionado el importe de la garantía prendaria de 6.000.000 de pesetas, sumaba el total del principal a la sazón debido, ofrecimiento que el Banco rehusó en la contestación al requerimiento. Fue entonces cuando el señor C. descubrió la disposición de la garantía prendaria.

El avalista don Aurelio C. J. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cieza que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la misma en relación con el tema de las costas de la primera instancia, confirmando los demás pronunciamientos de la referida sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

67. Tercero hipotecario. La aplicación del artículo 34 LH exige la concurrencia de buena fe en el adquirente. Sentido de la buena fe.—La condición de tercero hipotecario requiere de manera indispensable la concurrencia de buena fe en el sujeto que invoca dicha condición. La buena fe, en este ámbito, precisa en su aspecto positivo la creencia de que la persona de la que se trae causa era

dueño de la cosa y podía transmitir el dominio de la misma; y en su aspecto negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente.

Normas procesales. Carga de la prueba. Interpretación del artículo 1214 CC.—En una interpretación de primera vista pudiera llegarse a la conclusión de que el artículo 1214 CC establece de una manera paladina que el principio de que incumbe la prueba a quien afirma y no a quien niega. Sin embargo, tal aserto ha ido matizándose hasta el punto que se puede llegar a la conclusión de que la carga de la prueba (*onus probandi*) tiende a manifestar que no se trata de la aplicación de unos axiomas inflexibles e inmutables, sino que tiene absoluta correlación con la naturaleza del debate, la disponibilidad, realidad y eficacia de la prueba. De forma que el principio general de la prueba afecta a la manera de determinar la regla de juicio para el caso concreto.

Prueba de presunciones. Su valoración es una cuestión de hecho no revisable en casación.—Las presunciones judiciales que regula el artículo 1253 CC consisten en una actividad esencialmente de raciocinio humano que afecta al órgano judicial; el cual, partiendo de un dato firme, llega a crear otro dato, siendo una prueba que la jurisprudencia considera equiparable a los demás medios probatorios. Sobre esta premisa, y considerando que en el caso actual el enlace preciso y directo entre el hecho base y el que se pretende demostrar no se puede tachar de irracional, y sin que las conclusiones obtenidas sean ilógicas, absurdas o arbitrarias, la Sala manifiesta que no procede en casación rebatir las conclusiones que, por esta vía, alcanzó el juzgador de instancia. (STS de 28 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se solicitó la nulidad de contrato de compraventa por simulación y cancelación de la subsiguiente inscripción a favor del demandado. El Juzgado de instancia no dio lugar a la demanda; la Audiencia, estimando la apelación, declara nula la compraventa y manda cancelar la inscripción a favor del segundo adquirente. El TS desestima el recurso interpuesto por el demandado. (I. D. L.)

68. Montes vecinales en mano común. Titularidad dominical. Necesidad de sentencia judicial que contradiga su pertenencia vecinal.—La vida jurídica de los montes comunales y vecinales en Galicia se desarrolló en el exclusivo campo del Derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, que estructuró las características de esta peculiar institución jurídica. Doctrina que fue recogida en la Ley de Montes de 1957 y en la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia, en la procura de una regulación y consolidación de las titularidades a favor de los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, en régimen de comunidad germánica o en mano común, con las notas inseparables de ser indivisible, inalienable e imprescriptible, y de no atribución de la titularidad ni a los municipios u otros entes locales, pues si éstos alguna vinculación ostentan a los mismos sólo ha de entenderse como intervencionismo administrativo para el mejor disfrute y aprovechamiento intervecinal. Los vecinos tienen sus derechos y el solo hecho de ser vecinos no desmerece para ser titulares dominicales, máxime en el país gallego, donde los montes son algo que se siente como inherente a la galleguidad y obliga a su defensa y conservación. Y así sigue

expresándose en la vigente Ley de 1989, que atribuye la propiedad de estos inmuebles a las agrupaciones vecinales, de forma que la clasificación de un terreno como monte en mano común atribuye la propiedad a la comunidad de vecinos en tanto no exista sentencia judicial que lo contradiga.

La existencia de derechos canónicos y eclesiásticos sobre bienes destinados al culto es compatible con la propiedad de los terrenos en que se ubiquen a favor de otras personas.—La declaración de propiedad a favor de los particulares demandantes no ataca ni menoscaba la existencia de otros derechos canónicos y eclesiásticos a favor de la Iglesia Católica sobre las ermitas y capillas. La inviolabilidad y respeto que nuestro Ordenamiento jurídico mantiene, en ejecución de los Acuerdos con la Santa Sede, para los lugares y edificios dedicados al culto de la Iglesia Católica (sobre los cuales mantiene su jurisdicción específica) es totalmente compatible con la propiedad que corresponda de los terrenos a otras personas jurídicas o físicas.

La inscripción conforme al expediente del artículo 206 LH expresa una presunción *iuris tantum* de legitimación que debe ceder ante la realidad extrarregistral. Constitucionalidad del artículo 206 LH.—El artículo 206 LH prevé un procedimiento para la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica cuando los mismos estén desamparados de título inscribible. Precepto cuya necesidad fue resultado de la legislación desamortizadora del siglo pasado. En la actualidad dicha norma se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 CE, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia Católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad esta última no se encuentra en ningún sitio especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto a las otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 CE.

Por otra parte, la inmatriculación de bienes por la vía del artículo 206 LH conlleva, además de la suspensión de efectos respecto a terceros por el plazo de dos años desde su fecha conforme al artículo 207 LH, una presunción *iuris tantum* de legitimación que decae ante realidades extrarregistrales existentes y, sobre todo, ante titularidades inscritas con anterioridad. Máxime si se tiene en cuenta que es exigencia básica de nuestro ordenamiento registral, de conformidad con los principios de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales, la improcedencia de toda inmatriculación cuando la finca que se pretende ingresar, y resulta perfectamente identificada, esté ya inscrita a favor de otra persona. Lo cual no se puede obviar acudiendo a formar arbitrariamente enclaves y segregaciones carentes de toda justificación. (STS de 18 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandada, Iglesia Católica, había obtenido la inscripción a su favor de varios montes, utilizando para ello el procedimiento previsto en el artículo 206 LH, sobre la base de las certificaciones expedidas por el Canciller-Secretario del Arzobispado de Santiago de Compostela. Un conjunto de vecinos demanda y obtiene la cancelación de las inscripciones practicadas a favor de la Iglesia, por tratarse de bienes comunales que ya figuraban en el Registro de la Propiedad como pertenecientes a los

demandantes. La Iglesia Católica recurre en casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa efectúa una declaración *obiter dicta* sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 206 LH. La Sala expresa sin mayor trascendencia su opinión al respecto, en función sobre todo de los principios de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), para manifestar sus dudas sobre el valor constitucional de la prerrogativa que se le confiere a la Iglesia Católica a través de aquel precepto. Resulta destacable al menos como una expresión inicial de la opinión que, en su día, puede sostener nuestro Alto Tribunal. (I. D. L.)

69. Hipoteca. Naturaleza jurídica.—El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación. La hipoteca no es un contrato sino un derecho real, pese al error del CC de incluirla en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos.

Carácter bilateral o unilateral.—La hipoteca voluntaria, se constituye por negocio jurídico (art. 138 LH) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, en los artículos 141 LH y 237 RH: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirla un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca.

Causa de la hipoteca.—El negocio jurídico de constitución de hipoteca, sea bilateral (contrato) o unilateral (art. 141 LH) requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico: declaración de voluntad (en el unilateral) o declaraciones de voluntad (en el bilateral: coincidentes; consentimiento), objeto y causa. La causa, en el sentido objetivo que se desprende del artículo 1274 CC es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante. En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada. (STS de 3 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante don F. N. G. (había adquirido por compraventa judicial, una determinada finca que era propiedad de C. de E., S. A. Anteriormente, ésta había constituido hipoteca unilateral a favor de I. V. de A., S. A., en garantía de un préstamo de 14.000.000 de pesetas. Antes de la inscripción de aquella adquisición por el demandante, se produce y tiene acceso al Registro de la Propiedad la aceptación de la hipoteca unilateral, por parte de I. V. de A., S. A. Don F. N. G. formuló demanda con la pretensión de que se declarara la nulidad e ineficacia de tal hipoteca unilateral ante el Juzgado de 1.ª Instancia

núm. 4 de Badajoz que estimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

70. Extensión de la hipoteca sobre la cosa hipotecada. El principio de subrogación real.—Los artículos 109 y 110.2.^o LH extienden la hipoteca, entre otras, a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca. La indemnización del seguro viene a sustituir o reemplazar la cosa hipotecada cuando ésta, por razón de un siniestro, desaparece total o parcialmente. Se produce, por efectos de los artículos citados el juego de la subrogación real que hace que la garantía hipotecaria se descomponga en dos partes: una que es la que asume el seguro, y otra que se cifra en la diferencia entre la indemnización pagada por el seguro y el total por el que responde la finca hipotecada. Es decir, que producido el siniestro y cifrada la indemnización en la cantidad de 7.634.255 pesetas, la responsabilidad de la finca hipotecada queda reducida al resultado de restar esta cantidad de la de 9.942.375 pesetas a que se extendía la responsabilidad hipotecaria de la finca, lo que nos lleva a una responsabilidad amparada por la finca de 2.308.120 pesetas. Pero la sentencia recurrida establece otros criterios, que consisten en aplicar el importe de la indemnización percibida del seguro, en primer término, al pago de los intereses devengados desde la constitución de la hipoteca hasta la fecha en que se percibe dicha indemnización. No se trata, de un problema de imputación de pagos, sino de un problema de subrogación real. Se podría pensar que, dado que cuando se produce el incendio y el pago de la indemnización, la finca seguía perteneciendo al deudor hipotecario inicial, al Banco hipotecante le cabía atribuir dicha indemnización al concepto que el mismo estimase conveniente, pero ello no es posible dentro de la legalidad, ya que dicha indemnización sustituye o reemplaza a la cosa ya que si el Banco hipotecante percibió ya la indemnización del seguro, la garantía queda reducida a la diferencia entre la cantidad de que respondía y lo percibido por indemnización puesto que en esta materia no rigen las prescripciones del artículo 1173 CC. (STS de 3 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. N. de L. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad B. C., S. A., en reclamación de cantidad. La actora es dueña de determinada finca rústica que en el momento de su adquisición estaba gravada con una hipoteca en favor del B. C., S. A., en virtud de escritura de constitución de hipoteca otorgada entre el anterior propietario y la entidad bancaria en la que la finca adquirida respondía de la cantidad de 8.333.985 pesetas de principal, más 708.390 pesetas de intereses de un año, más otras 900.000 pesetas para costas y gastos, lo que hace un total de responsabilidad de 9.942.375 pesetas, y el total de la deuda con el Banco, reconocida en la escritura mencionada era de 26.333.985 pesetas, respondiendo por el resto de esta deuda otra finca, con la que la actora nada tenía que ver. En fechas anteriores a la adquisición de la finca en cuestión, la misma había sufrido un incendio que destruyó las naves construidas en ella, y como consecuencia del siniestro se puso en marcha el mecanis-

mo del seguro concertado con *B. V. de E., S. A.*, que pagó al Banco la cantidad de 7.634.255 pesetas. La póliza de seguros amparaba la pérdida por incendio de los inmuebles hipotecados, pero el Banco no destinó el importe cobrado a la reconstrucción de las naves destruidas, lo que se llevó a cabo por la actora tras la compra de la finca, sino a la cancelación parcial de la hipoteca. El *Banco Central* inició el procedimiento del hipotecario artículo 131 y prevaliéndose de las nulas posibilidades de defensa, la actora se vio obligada a consignar la totalidad de la cifra por la que respondía la finca, es decir, 9.942.375 pesetas. La cuantía del pleito se fijaba en 8.954.259,75 pesetas, diferencia entre lo debido (997.115,25 pesetas) y lo cobrado por el Banco (9.942.375 pesetas). La pretensión reclamatoria ejercitada fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo pero fue revocada por la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la citada capital, en el sentido de condenar a la entidad bancaria, en su actual denominación, *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a abonar a la señora N. de L. la cantidad de 5.579.492 pesetas, más los intereses legales del artículo 921 LEC, desde la fecha de la sentencia de primera instancia. El TS casó la sentencia y confirmó la primera instancia. (A. J. C.)

71. El procedimiento hipotecario especial del Banco Hipotecario de España: caracteres.—Constituye un verdadero proceso de ejecución, sin fase alguna de cognición y que relega toda reclamación-oposición a un juicio declarativo ordinario posterior.

Similitud con el procedimiento del 131 LH. No vulnera el derecho a la tutela judicial.—El TC en sentencia 6/1992, de 16 de enero, proclama refiriéndose al procedimiento sumario del artículo 131 LH (de absoluta similitud al del *Banco Hipotecario de España*), que su regulación y fundamento no afecta, *per se*, al derecho fundamental que se contiene en el artículo 24.1 CE.

Extensión objetiva de la hipoteca.—El que la hipoteca origen del actual procedimiento, al ser agrupada a otra, formara una nueva, no sólo no contradice el artículo 110 LH, que únicamente se refiere a la extensión de la hipoteca a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados; sino que no altera para nada el *substratum* de la garantía hipotecaria. En todo caso, si así fuera, lo sería para aumentar la base de la misma.

Exigencia de conducta diligente en el que alega la indefensión.—La resolución judicial *inaudita parte* no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se produzca indefensión, cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos o cuando pueda deducirse que poseía un conocimiento extraprocésal de la existencia de un proceso en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 56/1985, 150/1986, 141/1987 y 182/1987, entre otras).

Pautas constitucionales para la interpretación de la noción de indefensión.—a) Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (STC 145/1986); b) la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE no nace de la simple infracción de las normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para

los intereses del afectado (SSTC 102/1987, 155/1988); y c) la CE no protege situaciones de simple indefensión formal, sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio a alguna de las partes (STC 161/1985). (STS de 11 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El actor (deudor hipotecario) se dirige contra el *Banco Hipotecario de España –B. H. E.*—(acreedor hipotecario) y contra los dos adjudicatarios de la finca tras el procedimiento hipotecario propio del *B. H. E.* (regulado por LO 2 de diciembre de 1872 y RD 3 de noviembre de 1928), que es similar al del 131 LH, reclamando: 1.º) la nulidad de actuaciones desde que se le citó por edictos en el mencionado procedimiento y, también, la nulidad de la adjudicación de la finca hipotecada; 2.º) que el *B. H. E.* le indemnice los perjuicios que le ha ocasionado la pérdida de la finca, y 3.º) con carácter subsidiario, que el *B. H. E.* le resarza la diferencia entre el valor actual de la finca y el precio de adjudicación.

El Juzgado estima sólo el punto 3.º, al entender que el *B. H. E.* conocía el domicilio real del deudor hipotecario y lo ocultó en el procedimiento especial. La Audiencia revoca esta sentencia al admitir sólo el pedimento 1.º El TS estimó el recurso de casación interpuesto por los adjudicatarios del inmueble y confirmó íntegramente la de primera instancia. (*I. D. L.*)

DERECHO DE FAMILIA

72. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento a los daños y perjuicios.—El daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones.

Los «gastos hechos» y las «obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», a los que alude el artículo 43 CC, deben guardar relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio y, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento.

Unión de hecho al modo uxorio. Normas sobre uso de la vivienda familiar. Aplicación analógica.—Comienza el Tribunal sentenciador considerando que debe rechazarse la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones *more uxorio*, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter matrimonial, a no ser que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza. Pero, a continuación, señala que la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de

sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. Partiendo de estas consideraciones entiende que «las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso». (STS de 16 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Establece la sentencia recurrida, como base fáctica probada, la certeza de la convivencia que la demandante mantuvo con el ahora recurrente, la cual se prolongó por espacio de unos tres años y en la que se integraron los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Dicha convivencia se mantuvo en el domicilio que el recurrente estableció en la calle Vidrio, 29 de Sevilla, y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente. La ahora recurrida, doña M.^ª L. P., convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante la celebración de matrimonio civil con el recurrente Sr. C. C., y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta suerte de convivencia uxoria movió a la señora P. a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando respecto de otra vivienda en la misma ciudad, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos, y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes, que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos.

Frustrado el proyecto matrimonial, doña M.^ª L. P. formula demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia en la que se acogieran los siguientes pronunciamientos: a) conceder a la actora el uso y disfrute del inmueble urbano sito en la calle Vidrio, núm. 29 de Sevilla; b) conceder a la actora el uso y disfrute del automóvil marca «Volkswagen» Polo, matrícula SE-2592-AU; c) señalar una indemnización por incumplimiento de promesa matrimonial a cargo del Sr. C. C. y a favor de la actora consistente en 6.000.000 de pesetas; d) condenar al Sr. C. C. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y ser condenado al pago de las costas. Esta demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia recurrida. Don C. C. formalizó recurso de casación que no prospera. (O. M. B.)

73. Sociedad de gananciales. Litisconsorcio pasivo necesario.—Como sostienen, reiteradamente, sentencias de esta Sala en relación al ejercicio de acciones personales derivadas del contrato, cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya

sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar, también, al otro cónyuge que no intervino en el mismo (SSTS, Sala 1.ª, de 10 de junio y 30 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 4 de abril y 6 de junio de 1988 y 16 de junio de 1989).

Por el contrario, si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe, inexcusablemente, ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa o inadmisibile constitución de la relación jurídica procesal (SSTS de 6 de junio de 1988 y 25 de enero de 1990).

Respeto al precio aplazado. Causa no imputable al comprador.—Entiende el Tribunal sentenciador que no puede accederse a la petición del actor consistente en la reclamación de la totalidad del precio restante de la compraventa, ya que lo que se pactó fue una primera entrega ya satisfecha y un aplazamiento del resto en trece años mediante subrogación en un crédito hipotecario. Señala en relación a esta cuestión que la falta de instrumentación técnica a través de las escrituras y documentos precisos de esta subrogación o su imposibilidad devenida por causa de no haber alcanzado el vendedor la calificación prometida, no es óbice para que se respeten aquellos pactos en la forma que sea posible, ya que, como la parte reconoce, aquella calificación definitiva no pudo obtenerse por causas imputables al promotor. De este incumplimiento no puede inferirse que los compradores tengan que cumplir con la totalidad de la obligación sin reconocimiento de los plazos establecidos para su pago. (STS de 26 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan R. M. presentó demanda de menor cuantía contra doña Manuela A. P., doña Ángeles F. L. y otros, sobre cumplimiento de contratos de compraventa. Los demandados se opusieron, formulando reconvencción sobre incumplimiento contractual del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción, siendo esta resolución revocada parcialmente en grado de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la doctrina del TS en relación al litisconsorcio pasivo necesario en la defensa de los bienes y derechos gananciales se puede consultar Guilarte Gutiérrez, V., *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*, Tecnos, Madrid, 1994. (A. G. B.)

74. Matrimonio de hecho. La aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales.—Debe mantenerse la aplicación de las mismas, cuando no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable en las llamadas uniones de hecho o *more uxorio*, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión no aparezcan circunstancias de hecho, o hasta instrumentos de pactos expresos suficientes que eliminen esa aplicación de reenvío. (STS de 4 abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—J. G. H. M. solicita al Juzgado de Primera Instancia que se declare, entre otras peticiones, el carácter ganancial de la

vivienda objeto del litigio, aplicándose el régimen de gananciales, a la relación de hecho que mantenía con T. G. T. El Juzgado de Primera Instancia deniega la declaración del carácter ganancial de la vivienda. La Audiencia Provincial considera procedente la aplicación analógica de las normas de la sociedad de gananciales. El TS estima el recurso confirmando la sentencia de instancia. (Y. B. M.)

75. Tercería de dominio. Requisitos para su ejercicio.—Siguiendo la doctrina consolidada de esta Sala a través de muchas sentencias, como la de 2 de junio de 1994 que señala la no identificación de la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien (...) sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

Para el ejercicio con éxito de la misma, son necesarios los siguientes requisitos: a) que en un procedimiento de ejecución o apremio se constituya un embargo sobre un bien cuya titularidad se atribuya al deudor sin ostentarla, b) que quien la ejercite acredite el dominio exclusivo y excluyente sobre aquél con anterioridad a la constitución de la traba, c) que no está vinculado de algún modo, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo, es decir, que por su ajeneidad a la deuda reclamada ostente respecto a ella la condición de tercero, y d) que la acción de liberación se ejercite antes de otorgarse escritura o consumarse la venta de los bienes como exige el artículo 1533 LEC.

Modificación de las capitulaciones matrimoniales y derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales.—Toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, que hubieran sido adjudicados al cónyuge no deudor, por aplicación del artículo 1401 CC. Y conforme al artículo 1365.2 CC, que establece como principio general que la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges. (STS de 17 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—P. G. S. promovió tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra R. C. V. demandando el levantamiento del embargo trabado sobre la vivienda propiedad de la actora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, cuya sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, en la que estimando parcialmente la demanda, declaró la propiedad exclusiva de la actora sobre la vivienda embargada; pero declara no haber lugar al levantamiento del embargo. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto. (Y. B. M.)

76. Separación conyugal. Naturaleza y eficacia del convenio regulador no aprobado judicialmente.—El convenio que le falta la aprobación judicial,

conditio iuris de su eficacia, no es el convenio regulador que contempla el artículo 90 CC y al que se refieren los artículos 81 y 86. Es un negocio jurídico de derecho de familia. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. (STS de 22 de abril de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Unos cónyuges celebran un convenio de separación matrimonial. Dicho convenio no se presenta en el proceso contencioso de separación que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia, por lo que en la sentencia se dispone que se estará a lo dispuesto por el artículo 81.1 CC, es decir, a las medidas adoptadas por la sentencia. Posteriormente, la esposa formuló demanda interesando el cumplimiento parcial del convenio pactado anteriormente con su esposo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia revocando la anterior sentencia, declara la ineficacia del convenio. El TS casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirma el fallo del Juzgado de Primera Instancia. (Y. B. M.)

77. Filiación paterna no matrimonial. Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Es conocida la tesis general respecto al valor que tiene la negativa a la práctica de la prueba biológica establecida por profusa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la S de 19 de septiembre de 1996, en la que se afirma que «sin alcanzar el carácter de *ficta confessio*, debe ser determinante de la convicción del órgano enjuiciador cuando, a su vez, aparte de esta negativa existen otros elementos de prueba que, en el sentir del Tribunal sentenciador propenden a alcanzar la paternidad discutida». Asimismo, recuerda la Sala su S de 22 de marzo de 1996, según la cual, «ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (arts. 39 CE y 127 CC), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, hoy día obligatoriamente, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público —la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante la relación paterno-filial—, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación jurídica finalista y adecuada».

Inconsistencia de la negativa a someterse a las pruebas biológicas por el riesgo del *plurium concubentium*.—En el caso resuelto por la sentencia, la justificación de la negativa a la práctica de la prueba biológica solicitada se basa en la posibilidad de que el progenitor del demandante fuera otro miembro de la familia del demandado, esto es, su propio padre, otro hermano y un tío suyo, todos ellos ya fallecidos. Respecto a esta cuestión, matiza el TS que, sin perjuicio de que estas singulares circunstancias, en su caso, pudieran albergar alguna cierta explicación de contarse con una probanza indiscutible de sus asertos —lo que obvio es, resulta imposible—, nunca pueden suponer una concluyente expli-

cación exonerativa de responsabilidad en el comportamiento del demandado, siendo *per se* bien significativo de que por el mismo se reconozca la posibilidad, por no decir la realidad, de unas relaciones sexuales verificadas en el domicilio paterno –sin que tampoco se excluya de forma contundente que las pudiera haber tenido también el propio demandado con la madre del actor y sus demás parientes, padre, tío carnal o hermano–.

Tampoco resulta atendible, según se declara en la sentencia, que por el riesgo de esa eventual interferencia en cuanto a la cualidad del progenitor, pudiese justificar dicha negativa, ya que, en una actitud evidentemente honesta y consecuente con la verdad –con su verdad–, el propio demandado podía perfectamente haberse sometido a esa prueba, pues, desde el punto de vista científico (y sin perjuicio de la afinidad genética suya con las de los parientes que se indican en su escrito de recurso, y que como mucho puede marginar a cierta similitud, pero nunca identidad) ello perfectamente puede ser decantado a través del filtro analítico de compulsa genética correspondiente, y, de esa manera, haber prevalecido la controvertida realidad progenitora del interesado. Finalmente, como otros instrumentos probatorios que concilian el objetivo acreditado de la paternidad, cita la sentencia el contenido de la prueba testifical practicada, la asistencia económica mantenida durante tiempo por la familia del demandado a favor del actor y las demás circunstancias de notoriedad en la cualidad paterna del demandado. (STS de 17 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.–Don F. O. P. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre reconocimiento de filiación paterna no matrimonial, contra don M. M. C., suplicando sentencia por la que se declarase su filiación paterna no matrimonial respecto del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo esta sentencia revocada en grado de apelación por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

78. Reclamación de paternidad con respecto a un nacimiento producido en 1947 y habiendo fallecido el presunto progenitor en 1977. Inaplicabilidad a este supuesto del artículo 137 CC en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981. Desestimación de la acción por falta de prueba de la paternidad, no hallándose el demandante en la posesión de estado de hijo del presunto y fallecido progenitor.–La remisión que la DT 7.^a de la ley de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/1981) hace a la «legislación anterior», en materia de acciones de filiación cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor dicha Ley 11/1981, no puede, en modo alguno, entenderse referida a preceptos que sean contrarios a la Constitución, pues tales preceptos no pueden aplicarse a procesos que se tramiten después de la entrada en vigor de aquélla, sin que ello implique, dice textualmente la STC de 20 de diciembre de 1982, «la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de su nacimiento, por lo cual no puede preceptuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación pre-

constitucional y de la diferencia en ella existente entre los regímenes contenidos en los artículos 118 y 137 CC», agregando la misma sentencia que «antes de la promulgación de la ley 11/1981 modificadora Código Civil... el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y la DD 3.ª de la Constitución...» y que «... la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso en los procesos pendientes...». En concordancia con ello, ya la Sala de lo Civil del TS en su S de 10 de marzo de 1987 declaró que la aplicabilidad CC en su redacción anterior a la reforma que en él introdujo la Ley 11/1981 solamente habrá de producirse «siempre que ello no implique un ataque o lesión a los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional».

Por otro lado, no puede decirse que nos hallemos ante una situación ya agotada o consolidada (por caducidad de la acción), toda vez que la DT 3.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 establece que «las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieren mayor plazo», siendo este el supuesto aquí contemplado, pues el artículo 133.1 CC, en la vigente redacción que le dio la citada Ley, prescribe que «la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida».

La negativa por las demandadas a someterse a una prueba biológica no permite considerar que la filiación se encuentre acreditada respecto al demandante.—En efecto, el hecho de que las demandadas (hijas matrimoniales del fallecido) se hayan negado a someterse a la prueba biológica propuesta por el actor, no permite, por sí solo, llegar a la conclusión pretendida por el actor, porque la negativa a someterse a tal prueba, que en ningún caso entraña una *ficta confessio* de la pretendida paternidad, sólo podría ser tenida en cuenta como un importante indicio que, unido a las demás pruebas obrantes en autos, permitiera llegar a la conclusión del acreditamiento de la pretendida filiación, pero es que en este caso, como ya se ha dicho, no existe en el proceso ningún otro eficaz elemento probatorio de dicha filiación, al que pudiera sumarse la negativa de las demandadas a someterse a la repetida prueba biológica. (STS de 24 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Jerez de la Frontera demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de estado de filiación, solicitando se declare el estado de filiación no matrimonial del actor, constando así inscrito en el Registro Civil, así como le sea entregada la parte que le corresponda en la sucesión habida al fallecimiento de su padre, equiparando su condición de heredero con la de los demás. Dictada sentencia en Primera Instancia se resuelve estimando parcialmente la demanda interpuesta, declarando la paternidad reclamada por el actor y en consecuencia atribuyéndole todos los derechos inherentes a tal pronunciamiento, sin hacer pronunciamiento sobre costas. Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia estimando el recurso de apelación, revocando la sentencia dictada en primera Instancia, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, absuelve a las recurrentes de la demanda, al haberse producido la caducidad de la acción. Se interpone recur-

so de casación por el demandante, estimando el TS no haber lugar al recurso, estableciendo expresamente la imposición de costas al recurrente. (A. I. H. O.)

79. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Posesión de estado.—Es doctrina de esta Sala (contenida entre otras, en las SS de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 20 de mayo de 1991, 14 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1994) que la posesión de estado es una cuestión de hecho, cuya estimación corresponde a los Tribunales de instancia y que ha de ser mantenida en casación, en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello. Por posesión de estado ha de entenderse aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo (*nomen, tractatus, fama*) manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública.

Valor de la prueba biológica no practicada.—La no realización de la prueba biológica, no impide que se declare la filiación siempre que conste la posesión de estado, según establece el artículo 135 CC. (STS de 6 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—A-B. H. O., promueve contra C. G. G., en calidad de madre y heredera del fallecido J.-L. S. G. G., y contra aquellos otros posibles e ignorados herederos del mismo, el juicio de menor cuantía para que se declare la paternidad de J.-L. S. G. G., respecto del niño J.-G. H. Se concede por el Juzgado de Primera Instancia y se confirma íntegramente por la Audiencia Provincial.

El TS rechaza el recurso formulado y confirma la sentencia impugnada. (Y. B. M.)

80. Filiación no matrimonial. Negativa a la práctica de la prueba pericial biológica.—La negativa a la práctica de la prueba pericial biológica no constituye *facta confessio* y sólo es un dato a valorar por el Juez en relación con las demás aportaciones demostrativas incorporadas a las actuaciones. (STS de 14 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—A. M. C. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a J.-A. O. G., sobre declaración de paternidad y petición de alimentos, y, entre otras peticiones, solicitó la manifestación de que el menor S. M. C. es hijo de la actora y del demandado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. El TS desestima el único motivo objeto del recurso. (Y. B. M.)

81. Patria potestad. Privación.—Establece la Sala que, aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, confor-

me prescribe el artículo 170 CC, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquel, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.

Privación por parricidio.—Difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial, según se declara en la sentencia, un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del artículo 170 CC, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exarcebados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna.

La medida adoptada se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.1 CC, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado de uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél.

Inexistencia de vulneración del artículo 39.1 CE.—Constitucionalmente se impone a los padres y a los Poderes Públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no estén en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno. La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deber ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 CC, se establezca como una medida de protección del menor. (STS de 31 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. E. M., tía del menor H. M. T. E., formula demanda contra don M. T. T. sobre privación de la patria potestad.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda. Esta Resolución es confirmada por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

82. Testamento abierto. Nulidad por incumplimiento de los requisitos formales.—Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual —del que es ejemplo el artículo 1255 CC— quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal —imperativamente impuesto— predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código.

Artículo 695 CC.—Este precepto está redactado en términos imperativos en cuanto a las formalidades que prescribe, de entre las que es de destacar las relativas a que el testamento abierto será firmado por el testador y si éste declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentales u otra persona. El requisito de ser firmado el testamento por uno de los testigos a ruego del testador se encuentra condicionado por una de las dos circunstancias que contempla: no saber o no poder hacerlo. Pues bien, cuando no concurre ninguna de dichas circunstancias y esté acreditado, por el contrario, no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, nos encontramos, sin lugar a duda alguna, que se omitió una de las formalidades esenciales que previene el precitado artículo en orden a la eficacia y validez del testamento, sin que al respecto pueda concederse trascendencia a cual fuese la causa o razón de la omisión al no afectar ello a la realidad de la falta de observancia de la mentada formalidad. (STS de 16 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Eugenio y don José T. B. promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra doña Dominga y don Domingo T. B., don José Eulogio B. S. y doña Caridad R. G., sobre declaración de nulidad de los testamentos otorgados por don Francisco T. B. en fechas 14 de agosto de 1968 y 2 de marzo de 1983, y declaración de ser únicos y universales herederos abintestato de don Francisco T. B., su hermana de doble vínculo doña Dominga T. B., su sobrino don Domingo T. B. y sus también sobrinos don José T. B. y don Eulogio T. B., la primera, por cabezas, y los demás, por stirpes, y, en su consecuencia, a doña Dominga, en una tercera parte, y a don José y don Eulogio, en la otra tercera parte; pretensiones las referidas que fueron íntegramente desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 5 de marzo de 1992, que fue revocada por la dictada, en 22 de febrero de 1992, por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso de casación. (A. C. S.)

83. Sustitución ejemplar.—Esta Sala tiene declarado, desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento

de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate éste, don José V. P. verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña Sofía y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de ésta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quiénes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña María V. P., de manera que al llamar a la stirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues sólo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don José efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña Sofía para que ésta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituida, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código Civil. (STS de 26 de mayo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante don Félix R. S. es hijo de don Ricardo R. V. y doña Augusta S. V., y sobrino carnal, por línea materna, de doña Sofía S. V., esposa de don José V. P., a su vez padre de don Ricardo V. G., quien fue declarado incapaz y falleció en el sanatorio psiquiátrico San José de Málaga a los 92 años. Don José V. P. otorgó testamento abierto, el 12 de diciembre de 1924, y lo ratificó en otro, de 10 de noviembre de 1931, excepto en lo relativo a la tutela de su único hijo. En la cláusula quinta del primer testamento, legó el tercio de libre disposición en pleno dominio a su segunda esposa y sobrina carnal doña Sofía S. V. y en la sexta instituyó y nombró heredero, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a su único hijo don Ricardo V. G., nacido de su primer matrimonio con doña Antonia G. L. En la cláusula séptima del segundo testamento dispuso que, si «por continuar en el estado de incapacidad su hijo don Ricardo no pudiese éste testar, nombra por heredera universal del mismo a la esposa del otorgante doña Sofía S. V. y si hubiera fallecido a sus herederos legítimos». Doña Sofía falleció en Málaga, el 12 de octubre de 1950, sin descendientes ni ascendientes, sobreviniéndole, entre otros, su hermana doña Augusta, madre del actor. Don José V. P. constituyó la tutela de su hijo don Ricardo en los mencionados testamentos; el Consejo de Familia fue reconstituido en diversas ocasiones, la última, en 13 de marzo de 1971; asimismo, los cargos de tutor y protutor cambiaron en el tiempo, y en la fecha del fallecimiento del incapaz, don Rafael S. B y don Juan L. M. eran, respectivamente, tutor y protutor. Por escritura pública otorgada, el 24 de marzo de 1981, fueron transmitidas a don Augusto Francisco S. S. y don Alfonso R. S. —por este orden, hijo y sobrino del tutor— diversas fincas. En dicho documento, que se inscribió en el Registro de la Propiedad cuatro años después de su otorgamiento, se detalla que los adquirentes se obligan a pagar al sanatorio psiquiátrico San José la cantidad de 551.715 pesetas, adeudadas al centro por la residencia y asistencia a don Ricardo V. G. e,

igualmente, a abonar todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, entendidos como alimentos y con la amplitud señalada en los artículos 142 y concordantes del Código Civil, que ocasione el internamiento del incapaz hasta su muerte, así como el impedimento de enajenar las fincas referidas en vida de éste.

Don Félix R. S., en nombre propio y de la comunidad hereditaria de don José V. P., a excepción de don Rafael S. B. y doña María Victoria S. B. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Rafael S. B., don Augusto Francisco S. S., don Alfonso R. S., don Manuel R. R., don Rafael S. S., don Honorio R. C., don Jesús P. S., don Juan L. M., don Rafael F. M., doña María Dolores F. P., los herederos de don Joaquín M. P. y a los cónyuges de los mismos, y entre otras peticiones, interesó la declaración de nulidad radical de la enajenación realizada en escritura pública, de fecha 24 de marzo de 1981, por la que se transmitieron a don Augusto Francisco S. S. y don Alfonso R. S. las fincas registrales núm. 1822, 1823 y 1825, inscritas en el Registro de la Propiedad, y la nulidad de las mencionadas inscripciones y la orden de cancelación para que recobren plena validez las inscripciones anteriores a favor de don Ricardo V. G.

El Juzgado acogió parcialmente la demanda con la absolución de don Rafael F. M. y doña María Dolores F. P., y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la Audiencia, donde se absolvió a todos los demandados de los pedimentos del escrito inicial. Don Félix R. S. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El TS declara haber lugar al recurso. (A. C. S.)

84. Donación. Falta de prueba de inoficiosidad.—El motivo perece, desde el momento en que el Tribunal de instancia no estimó las peticiones principales de la demanda y no calificó como inoficiosa la donación de la vivienda al demandado (arts. 819 y 1036 CC), pues el que recurre no demostró que efectivamente resultase dañado en su legítima, teniendo en cuenta que también recibió por vía de donación de sus progenitores el negocio en plena explotación comercial.

Aceptación de la herencia pura y simple.—La sentencia recurrida no acogió la pretensión por falta de pruebas y no la consideró, que tendría, caso de concurrir, influencia en la determinación de la cuota legitimaria, pues por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indeferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios.

Carga de la prueba.—La distribución de la carga de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia es la correcta, pues los herederos son continuadores de los causantes en cuanto no han renunciado a la cuestión y les incumbe la prueba de determinar los bienes que integran la masa hereditaria, y con ello fijar la porción de legítima. De esta manera el recurrente estaba obligado a demostrar lo que la sentencia le impone, para poner de manifiesto que lo a él donado no cubría la legítima y por tanto resultaba perjudicado en cuanto que la donación de la vivien-

da a su hermano la sobrepasaba, imponiéndose la correspondiente reducción, toda vez que lo que se declara es haber recibido de sus padres más valor que el que corresponde al referido piso. (STS de 21 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Miguel G. L. promovió juicio de menor cuantía contra don Cristóbal G. L., demandando la inclusión en el inventario de la herencia con sus padres de los bienes donados a los hijos, a fin de determinar su inoficiosidad, la reducción de las donaciones realizadas en la cuantía que se establecía para cada una de ellas, el reconocimiento de un crédito del actor sobre la herencia de sus padres en el importe que asimismo se señalaba y otros extremos. El Juzgado dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar la suma de 7.399.974 pesetas. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial la revocó mediante sentencia en la que se desestimó la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. C. S.)

85. Naturaleza de la legítima.—El TS acepta la tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* y así la S, de 8 de mayo de 1989, dice que «la S de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro Ordenamiento, por tener eficacia dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840 y párrafo 1.º del 1056 CC—»; esta calificación de la legítima como *pars hereditatis*, parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, no impide que el testador pueda disponer de alguno de los bienes de la herencia en su totalidad a favor de un legitimario o de otra persona siempre que se respete la legítima de sus herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia.

Diferencia entre legado de cosa ajena y legado de bien ganancial.—Referido el legado a un bien ganancial, el precepto aplicable al mismo es el artículo 1380 CC, según el cual *la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*, precepto que, introducido en aquel Cuerpo Legal por la Ley 13 mayo, fue tenido en cuenta, aunque no está expresamente citado, por el testador al otorgar su última voluntad como se pone de manifiesto por la literalidad de la disposición del testamento y no el artículo 864 que se cita como infringido, regulador del llamado legado de cosa ajena. (STS de 26 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Julio C. C., casado con doña Trinidad L. R. y padre de doña Adela y doña Felisa C. L., falleció el día 3 de diciembre de 1990, bajo testamento notarial, otorgado el 13 de noviembre de 1985. El matrimonio formado por don Julio C. y doña Trinidad L. era propietario, con carácter ganancial, de una farmacia, instalada en un local arrendado, en Almería, Carretera de Níjar, núm. 247. En su testamento, don Julio lega a su esposa, entre otros bienes, «el usufructo vitalicio de dos terceras partes de todos sus bienes y derechos en el

que queda incluido el correspondiente a la Farmacia»; instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y, en defecto de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes; a continuación establece a favor de sus hijos legados con cargo a sus bienes privativos que «se entienden deferidos en nuda propiedad, supeditados al usufructo de los tercios legados a la viuda». En la Disposición D dispone legados a favor de ambas hijas «con cargo al patrimonio ganancial del testador y que se harán efectivos sobre la totalidad o parte divisa o indivisa que correspondan al mismo de los gananciales que se dicen a continuación»; entre estos legados figura el hecho a favor de su hija Felisa consistente en «la nuda propiedad de la Farmacia del testador con todas sus existencias y elementos, incluido el derecho de arrendamiento sobre el local en que esté instalada, sito en Carretera de Níjar, núm. 75, de Almería, en cuyo arrendamiento podrá subrogarse como heredera la hija del testador doña Felisa». Por el citado contrato de compraventa doña Trinidad L. vende a doña Felisa C. «cuantos derechos le corresponden sobre la farmacia y demás bienes descritos en el expositivo segundo de este documento, con cuanto sea accesorio o inherente, sin reserva de cosa o derecho alguno, en concepto de cuerpo cierto, y libre de cargas y responsabilidades», tales derechos referidos a la farmacia en cuestión son los que le corresponden «por su mitad de gananciales» y «por su cuota usufructuaria». Doña Felisa C. L. ejerció acción de retracto de coherederos basándose en su condición de legitimaria, entendiendo que la legítima es una *pars bonorum* y no una *pars hereditatis* ante el Juzgado de Primera Instancia competente que desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Almería rechazó el recurso de apelación interpuesto. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO MERCANTIL

86. Calificación jurídica de un contrato como de compraventa o de suministro.—El TS estima que la cuestión resulta intrascendente en cuanto que el contrato de suministro se caracteriza por su atipicidad pero no deja de ser «afín al de compraventa» (STS de 8 de julio de 1988) puesto que el hecho de que su objeto viene constituido por entregas repetidas o diferidas de mercancías no es ajeno a la compraventa. Además, si se acepta la calificación del contrato como de suministro y no de compraventa no se desvirtúan las consecuencias prácticas extraídas.

Artículo 329 CCO.—No resulta aplicable la consecuencia prevista en dicho precepto cuando se efectúa la entrega tardía de las mercaderías al comprador, y éste no las rehusa, sino que las acepta y retiene en su poder. En ese caso, aunque el plazo de entrega tenga carácter esencial la recepción sin reservas supone una aceptación de ese defecto de cumplimiento y una voluntad de mantenimiento del contrato, hechos que impiden aplicar las consecuencias resolutorias del artículo 1124 CC.

El segundo párrafo del artículo 1169 CC sólo resulta aplicable cuando la deuda conste de una parte líquida y otra ilíquida.—Cuando la prestación se

caracteriza por su integridad e indivisibilidad, para que el pago pueda liberar al deudor, salvo pacto en contrario, ha de ser total. Además, dicho párrafo no otorga facultad alguna al deudor pues es el acreedor el que puede exigir la realización del pago correspondiente a la parte líquida. (STS de 2 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada recibió con plena conformidad tres entregas de material realizadas fuera de plazo, remitiendo facturas y girando unos cheques que no fueron abonados. Más tarde procedió a la devolución de parte del material entregado alegando que el retraso en la entrega no le permitió su utilización (el retraso le impidió cumplir un contrato con otra empresa que procedió a su resolución), y remitió un cheque por la diferencia de precio, según el material devuelto. La vendedora, presenta demanda en reclamación de cantidad por el total del precio. La demandada se opuso y en reconvencción solicitó que se condenase a la demandante a aceptar la devolución de las mercancías que no han podido ser objeto de utilización y a pagar los daños y perjuicios causados por la resolución el contrato que tenía celebrado con otra empresa. En primera instancia se estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca la sentencia y estima íntegramente la demanda condenando a la demandada a abonar la totalidad del precio. La compradora demandada presenta recurso de casación, entre los motivos alega, que no se trata de un contrato de compraventa sino de suministro, que no se ha aplicado el artículo 329 CCO y que no se ha tenido en cuenta que el retraso en la entrega de la mercancía ha supuesto la resolución del contrato que ella tenía con otra empresa. El TS desestima el recurso. (L. S. M. P.)

87. Seguro marítimo.—El Seguro marítimo se rige por sus propias normas y por los principios que las inspiran, entre los cuales destaca, por la naturaleza jurídica del seguro, una gran libertad contractual para las partes (arts. 738 y 755 CCO) no existiendo un vacío legal que haga entrar en juego el artículo 2 LCS. El seguro marítimo se rige por los artículos 737 a 805 del CCO y no por la LCS, tal y como establecen las SSTs de 19 de octubre de 1987, 22 de abril y 2 de diciembre de 1991 y 22 de junio de 1992.

Interpretación del contrato de seguro. Cobertura del riesgo asegurado.—Conforme al artículo 1283 CC cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, «máxime tratándose de una cláusula limitativa de derechos inserta en un contrato de seguro, cuyas dudas interpretativas han de solventarse en todo caso a favor del asegurado, de conformidad con el artículo 1288 CC, de primordial aplicación en los contratos de adhesión, como lo es el contrato de seguro» (SSTS de 23 de octubre de 1980, 12 de mayo de 1983 y 13 de abril de 1984). Sin olvidar que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación a menos que se demuestre que es ilógico o absurdo (SSTS de 3 de enero, 3, 11 y 23 de marzo, 8 de mayo, 18 de junio, 14 de julio, 7 de octubre y 10 de noviembre de 1992).

Inaplicación del artículo 20 LCS 50/80 al contrato de seguro marítimo.—A pesar de que la STS de 19 de febrero de 1988 entendió que al menos las disposiciones del Título I de la LCS de 1980 han de aplicarse también al contrato de seguro marítimo, es bien sabido que una sola sentencia no crea jurisprudencia y son muy numerosas las sentencias que rechazan la aplicación de dicho precepto a este tipo de seguro (SSTS de 21 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 16 de febrero de 1994, 26 de abril de 1995, 23 de enero, 12 de febrero y 21 de noviembre de 1996). Se puede hablar de una doctrina firme y consolidada a favor de la no aplicación.

Inexistencia de negligencia que excluya la cobertura del seguro.—No es suficiente para excluir la cobertura del seguro el hecho de que uno de los maquinistas del buque tenga titulación inferior en un grado a la que le correspondía, si este extremo no se revela en modo alguno como causa eficiente, ni aislada ni en conjunto, o como contribución al siniestro del buque. (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del incendio y posterior hundimiento de un buque propiedad de *Pesquera Garrido, S. L.*, esta última presenta demanda contra *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a prima fija*. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia y se condena a la demandada a abonar al demandante 25.000.000 de pesetas, más los intereses legales desde la presentación de la demanda y el 20 por 100 desde el fallo hasta el completo pago. En apelación se confirma la sentencia de Primera Instancia. El TS estima parcialmente el recurso presentado por la aseguradora en el sentido de que los intereses del 20 por 100 establecidos en la sentencia de Primera Instancia se sustituyen por los establecidos en el artículo 921 LEC. No se estiman los motivos del recurso que pretenden la exclusión de la cobertura del riesgo asegurado por existencia de negligencia. (*L. S. M. P.*)

88. Cláusula de sumisión expresa en contrato bancario. Validez.—Declara el TS que las cláusulas de sumisión son admisibles porque no son contrarias a la buena fe, ni rompen por sí solas el equilibrio de las prestaciones de las partes.

Contrato de crédito pactado en póliza mercantil. No es contrato de adhesión.—El TS afirma que los contratos de crédito pactados en póliza mercantil no son contratos de adhesión, pues en tales contratos y en virtud de las negociaciones de las partes se incluyen condiciones particulares sobre el capital, los intereses, las garantías y demás aspectos configuradores del contrato. (STS de 4 de diciembre de 1996.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.* formula demanda sobre reclamación de cantidad derivada de la concesión de un crédito ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid contra don M. D. D. El demandado, don M. D. D., en base al lugar de cumplimiento de la obligación, consideraba que la competencia para conocer del litigio correspondía a los Juzgados de Primera Instancia de Sevilla. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid desestimó el requeri-

miento de inhibición planteado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla. Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala Primera del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid.

NOTA.—De la lectura de la presente sentencia no queda claro si el crédito que da origen al litigio tiene finalidad de consumo empresarial o si por el contrario se trata de un crédito destinado al consumo particular. Sólo podremos afirmar que el sujeto que contrata con la entidad bancaria tiene la condición de consumidor, si consideramos que se trata de un crédito de consumo particular. En tal caso, debemos manifestar que la resolución judicial que nos ocupa es contraria a la nueva línea jurisprudencial que surge con la aprobación de la directiva comunitaria número 93/13, de 5 de abril de 1993 (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio, 14 de septiembre y 8 de septiembre de 1996, 1 de febrero de 1997), según la cual las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión son abusivas porque suponen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. (M. J. P. G.)

89. Efectos de la nulidad de las sociedades mercantiles: irretroactividad.—La declaración de nulidad de las sociedades mercantiles, incluida la anónima (doctrina relativa a la LSA de 17 de julio de 1951), no tiene efectos retroactivos. Los actos y contratos celebrados antes de la presentación de la demanda han de subsistir. La declaración de nulidad produce técnicamente los mismos efectos que si se hubiera producido una causa de disolución de la sociedad.

La acción subrogatoria: su carácter oblicuo. Al resultado patrimonial con ella obtenido habrá de aplicársele las reglas de la concurrencia.—No es una acción directa, sino oblicua, por ello, las cantidades obtenidas mediante la misma pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esta razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.

Los pronunciamientos implícitos no producen incongruencia omisiva.—La congruencia que debe observar la sentencia con relación a los pedimentos contenidos en la demanda y contestación no exige la desestimación expresa y detallada de todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado, pues siempre que se estima la acción ejercitada por el demandante, se entienden implícitamente desestimadas, por ese mismo hecho, las excepciones del demandado, siendo suficiente que se razone tal desestimación (STS de 29 de enero de 1994).

Adhesión al recurso de apelación: consecuencias.—La adhesión a la apelación supone una ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir también contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales; con esta actitud se abre el examen del Tribunal sobre extremos, en otro caso consentidos, y le permiten al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adhesivo (STS de 20 de abril de 1992).

Presunciones judiciales: naturaleza. Su impugnación en casación.—La esencia de la presunción se encuentra en que el enlace preciso y directo que liga

el hecho-base al hecho-consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, sin que se exija que la deducción sea necesaria y unívoca. Asimismo, el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falta ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico. (STS de 25 de noviembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La demanda origen de estas actuaciones la formuló la *Caja de Ahorros de Navarra* contra *Sana, S. A.*, y contra tres socios de esta entidad, solicitando: 1.º) la nulidad de la cláusula 5.ª («desembolso y liberación») de la escritura pública de 12 de marzo de 1992, constitutiva de la sociedad codemandada, y 2.º) que cada uno de los tres socios pague a la sociedad 7.667.000 pesetas, en concepto de desembolso de las acciones suscritas por ellos, para que con dicho importe se abonen a la actora las cantidades que la sociedad codemandada le adeuda. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, por el contrario, la estimó íntegramente. El TS apreció el recurso presentado por dos de los socios demandados en el sentido de no condenar a los mismos a que entreguen directamente a la entidad demandante la cantidad que ésta reclamaba a la sociedad codemandada. (I. D. L.)

90. Sociedades Anónimas. Derecho al dividendo: doctrina general.—El accionista no tiene derecho al dividendo sino cuando el derecho abstracto al mismo se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta. Este acuerdo social ha de ser expreso, sin que pueda presumirse adoptado, ya que las presunciones no pueden suplir la voluntad social que se plasma exclusivamente a través de los acuerdos obtenidos en el procedimiento regulado al efecto. En consecuencia, no existe derecho al dividendo sin acuerdo expreso en tal sentido, aunque los términos empleados por los administradores, en este caso «dividendos a repartir», o preceptos de índole fiscal, introduzcan alguna duda. (STS de 10 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente A. G. D. reclama a una *Distribuidora de Sistemas Eléctricos S. A.*, el abono de determinadas cantidades en concepto de dividendos no satisfechos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (I. D. L.)

91. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Derecho del socio a la información: laguna legal.—El silencio de la LSRL de 1953 sobre el derecho del socio a la información, debía ser resuelto por la aplicación analógica de las normas previstas para tal situación en la LSA de 1951. Dicha operación analógica es totalmente viable y subsumible, sobre todo, cuando el derecho de información, esté actualmente regulado en la nueva LSRL, y preconizado por la necesaria adaptación de la legislación mercantil al Derecho Comunitario.

Derecho del socio a la información: concepto y alcance.—El derecho del accionista a ser informado, «derecho de información social», es la facultad que,

el mismo, tiene atribuida por Ley, para obtener un correcto y debido conocimiento, lo más exacto posible, de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad, así como los datos necesarios para calibrar y calificar la gestión social. Se trata de un derecho esencial no sólo inderogable, sino, asimismo, irrenunciable, y, que desde luego, su desconocimiento acarrea ineludiblemente la nulidad de los acuerdos de la Junta, en que se ha denegado a cualquier socio la información solicitada aunque se aprobaran por mayoría.

Derecho del socio a la información: límites.—El derecho del socio a la información no es ilimitado. Así, podrá negarse cuando la información solicitada perjudique los intereses sociales como prevé el artículo 65 LSA de 1951. Pero, este límite no puede llevarse al extremo de privar al socio, por el hecho de que el solicitante se dedique a una actividad concurrente con la social, de la más mínima información contable indispensable para una adecuada formación de la voluntad social. (STS de 9 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El socio R. R. R. impugna los acuerdos adoptados por las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de la entidad *Roper Barcelona S. L.*, ya que se le había negado información sobre las cuestiones a tratar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

92. Sociedad Anónima. Acuerdo de reducción de capital: modalidades.—La reducción del capital social, por parte de la sociedad puede ser voluntaria u obligatoria. La de la primera clase es la que tiene lugar cuando la sociedad, sin obligarle a ello ningún precepto legal, acuerda libremente la reducción cuando estime que es necesaria o conveniente para el cumplimiento de su objeto social, pudiendo dicha reducción tener distintas finalidades como: la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.

Acuerdo obligatorio de reducción.—La reducción obligatoria del capital social es aquella que la sociedad ha de acordar forzosa y necesariamente, por imperativo legal, en determinados supuestos, uno de los cuales es el de que las pérdidas hayan disminuido el patrimonio social por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 163.1.2). Producida dicha situación, los administradores tienen forzosamente que convocar la pertinente junta con esa finalidad de reducción de capital, de tal modo que si así no lo hacen, además de incurrir en la correspondiente responsabilidad, se puede acudir por quien está legitimado para ello a la convocatoria judicial de la Junta con esa finalidad.

Supuesto de reducción voluntaria del patrimonio por pérdidas.—Cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital, a pesar de que todavía no se haya convertido en obligatoria la reducción del capital (por no haber transcurrido un ejercicio social), es evidente que la sociedad puede voluntariamente (previa la oportuna convocatoria y constitución de la Junta con todos los requisitos legalmente exigidos para ello, lo que aquí no se cuestiona) acordar la reducción del capital para el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio, pues no existe ningún

precepto que prohíba dicha reducción voluntaria, antes de haberse producido la obligatoriedad de la misma. (STS de 23 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El socio L. D. F. impugnó el acuerdo de reducción de capital por pérdidas, adoptado por la Junta General de *Smyth Morris S. A.*, por considerar que era lesivo para el interés social con beneficio para uno o varios accionistas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia. El TS declaró que da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

DERECHO PROCESAL

93. Error judicial. Concepto jurisprudencial.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 4 de febrero de 1988, 21 de abril de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994 y 11 de noviembre de 1996) para poder declarar la existencia de error judicial deben existir en las resoluciones judiciales equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley. Afirma el TS que el procedimiento para la determinación de la existencia o inexistencia de error judicial no es una tercera instancia. Lo cual significa que no puede analizarse en dicho procedimiento la fijación de los hechos enjuiciados, la valoración de las pruebas ni la aplicación e interpretación que el juzgador de instancia realice de las normas, cuando obedezca a un criterio lógico y racional. (STS de 14 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Seem, S. A.*, es titular de los derechos de explotación de la obra musical *Blanca Gaviota*. El Ayuntamiento de Torreveja, a través del *Patronato de Habaneras y Polifonía*, editó y distribuyó partituras de la mencionada obra musical. Como consecuencia de lo anterior, la entidad *Seem, S. A.*, formuló demanda, en base al artículo 125 LPI, contra el Ayuntamiento de Torreveja. El demandado opuso excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber demandado al *Patronato*. Dicha excepción fue estimada por el Tribunal y no entró a conocer del fondo del asunto.

La entidad mercantil *Seem, S. A.*, interpuso demanda sobre declaración de error judicial. Se basa, principalmente, en que la resolución judicial ignora los documentos públicos que con carácter de prueba constan en autos y que demuestran que el Patronato no tenía personalidad jurídica propia en el momento en que se realizó el acto ilícito. Asimismo, alega que la sentencia incurre en error de derecho por inaplicación de las normas relativas a la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones.

El TS desestima la demanda sobre reconocimiento de error judicial. (M. J. P. G.)

94. Error judicial. Concepto.—De acuerdo con las SSTs de 15 de diciembre de 1994 y de 22 de julio de 1989, el error judicial debe dimanar de una reso-

lución injusta o equivocada, y dicho error requiere que se haya actuado fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juez haya tenido un conocimiento equivocado. Al amparo de la figura del error judicial no pueden denunciarse interpretaciones de la ley que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. Conforme a lo expuesto, existe error judicial cuando la conducta a contemplar como merecedora o no de sanción disciplinaria queda limitada a un escrito determinado, y sin embargo la resolución de la alzada por el Tribunal Superior de Justicia, enjuicia hechos distintos a los que motivaron dicha sanción disciplinaria del juzgado, hechos sobre los cuales no se ha dado audiencia al interesado. (STS de 25 de noviembre de 1996.)

HECHOS.—El Abogado don A. N. N. instó la declaración de error judicial respecto los acuerdos adoptados por el Juzgado de Primera Instancia en la pieza de responsabilidad disciplinaria iniciada por falta de respeto cometida por escrito y por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia que resuelve el recurso de alzada interpuesto por el letrado contra el acuerdo de Primera Instancia que le sancionaba con una multa de 100.000 pesetas. El error invocado consistía en que se sancionó al letrado por un escrito de 11 de junio de 1993 cuando en la pieza de responsabilidad se hacía referencia al escrito de 14 de junio de 1993. El TS declara la existencia de error judicial en el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia porque se refería al escrito de 11 de junio de 1993, mientras que el acuerdo del Juzgado de Primera instancia lo hacía respecto del de fecha 14 junio de 1993. (L. S. M. P.)

95. Error judicial. Concepto y ámbito.—Reiterada jurisprudencia del TS señala que hay error judicial cuando en la actuación judicial existen equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley. El proceso destinado a la determinación de la existencia o no de error judicial no es una tercera instancia. Es por ello por lo que el TS declara que sólo puede apreciarse error judicial cuando el tribunal actúa fuera de los cauces legales, es decir, cuando exista un error patente que haya dado lugar a una resolución judicial que contenga conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales. Señala el TS que en el proceso destinado a la declaración de error judicial no se puede analizar la interpretación del tribunal relativa a la aplicación o no al caso enjuiciado de la caducidad de la acción ejercitada. (STS de 26 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—*Readymix Asland, S. A.*, suministró a *Estructuras Sabadell, S. A.*, el hormigón necesario para que esta última realizase una determinada obra. El hormigón suministrado carecía de la resistencia requerida, produciéndose desperfectos en la obra que debieron ser reparados. Como consecuencia de lo anterior, *Estructuras Sabadell, S. A.*, interpone demanda contra *Readymix Asland, S. A.*, solicitando el pago de una determinada cantidad de dinero. En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó en su totalidad la demanda.

Readymix Asland, S. A., formuló demanda sobre declaración de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basándose, entre otros argumentos, en que la sentencia no apreció la caducidad de la acción ejercitada.

El TS declara no haber lugar a la demanda sobre declaración de error judicial. (*M. J. P. G.*)

96. Error judicial.—Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988; 21 de abril, 3, 13 y 22 de julio y 5 de diciembre de 1989; 18 de abril de 1992; 27 de marzo, 15 y 16 de octubre y 15 de diciembre de 1993 y 23 de febrero de 1994, entre otras) el error judicial se configura como una actuación en la que se incurre en equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley. Para que se aprecie la existencia de error judicial es necesario que el Tribunal haya actuado fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate o aplicando las normas fuera de su alcance o sentido sin responder a un proceso lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. En ningún caso debe confundirse este proceso especial con una tercera instancia. (**STS de 31 de diciembre de 1996.**)

HECHOS.—Presentada demanda sobre declaración de error judicial cometido por la AP de Baleares, que en sentencia de 21 de enero de 1993 revoca la sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda de resolución del contrato de arrendamiento. La Audiencia estima la demanda y declara la resolución del contrato de arrendamiento por cesión incontestada porque no considera suficientemente probado el consentimiento tácito de la cesión. El TS desestima la demanda de error judicial porque no se ha partido de hechos distintos de los que fueron objeto de debate, ni se han desatendido datos de carácter indiscutible. (*L. S. M. P.*)

97. Plazo de ejercicio de la acción para la declaración del error judicial.—El artículo 293.1.a LOPJ establece un plazo de tres meses para el ejercicio de la acción para el reconocimiento del error judicial. Existe reiterada doctrina que declara que dicho plazo es de caducidad y comienza a contar a partir del día «en que pudo ejercitarse», es decir, aquel en el que la sentencia quede firme por haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. Esta referencia a los recursos previstos en el ordenamiento ha de entenderse exclusivamente a los propiamente jurisdiccionales, entre los cuales no se incluye el recurso de amparo ante el TC, ni la demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. (**STS de 4 de diciembre de 1996.**)

HECHOS.—A. M. S., presenta demanda de declaración de error judicial contra la sentencia de primera instancia y la de la audiencia que desestiman la demanda por los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en un juicio anterior. Se basa la demanda en el error judicial consistente en aplicar los efectos de cosa juzgada. El TS desestima la demanda por haber transcurrido el plazo de tres meses

previsto para el ejercicio de la acción. El plazo corre a partir del momento en que la sentencia devino firme (sentencia de apelación), pues contra ella ya no cabía ningún otro recurso jurisdiccional. Ello no obsta que hubiese interpuesto un recurso de amparo que fue inadmitido por el TC, ni la interposición de demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que fue desestimada. (*L. S. M. P.*)