

Sentencias del Tribunal Supremo

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

LA CONGRUENCIA NO EXIGE UN ACOMODO LITERAL, SINO FLEXIBLE DEL FALLO CON LO PEDIDO POR LAS PARTES. (STS DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Jesús Corbal Fernández.

Doctrina.—En el caso de autos no hay la incompatibilidad denunciada, como con acierto se razonó en la sentencia de instancia, y de que las tres primeras pretensiones de la demanda tienen su sustantividad en las cuantías, y no en la realidad de los conceptos porque sobre éstos no hay controversia, y por consiguiente no habría interés en accionar, además de ello, la decisión adoptada no supone dar cosa distinta de la postulada, sino que es el corolario lógico del resultado probatorio del pleito, no disuena de la *causa petendi* ni del planteamiento formulado, armoniza con las relaciones habidas entre las partes, y es el modo de solventar las mismas de modo lógico y absolutamente razonable para los respectivos intereses en conflicto. Hay que tener en cuenta que se trata de un contrato de sociedad, o atípico por las diversas especificidades, en el que las partes interesadas asumieron hacer aportaciones de distinta índole y participar en el resultado en proporción a lo respectivamente invertido. Resulta obvio que fijar ese resultado, que es el modo de solventar lo planteado en el proceso, supone como presupuesto incuestionable determinar el alcance cuantitativo de las respectivas aportaciones, es decir, los capítulos, partidas o conceptos que corrieron a cargo de cada una de las partes en los términos, o con arreglo a las bases, que se establecen en la Resolución de la primera instancia, confirmada por la de apelación aquí recurrida.

EXISTENCIA DE SIMULACION DEMOSTRADA MEDIANTE PRESUNCIONES. (STS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Antonio Gullón Ballesteros.

La recurrente alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la prueba de presunciones, que no permite su utilización nada

más que cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 del Código Civil.

Doctrina.—El motivo se desestima porque existe una doctrina de esta Sala que ha reiterado la licitud y legitimidad de la actividad del juzgador de recurrir a presunciones cuando se trate de probar la simulación de los negocios jurídicos, dado que los mismos, por naturaleza, están destinados por las partes a permanecer ocultos para alcanzar los fines que se propusieron.

Por otra parte, se desestima también por su más que defectuosa estructuración, ya que al socaire de la doctrina jurisprudencial que se dice infringida, trata de revisar el establecimiento por la instancia de las presunciones de simulación que combate, sin demostración, y sin citarlos siquiera, de la infracción de los artículos 1.249 ó 1.253 del Código Civil, según se ataque el establecimiento del hecho-base de la presunción o la formación de la misma, respectivamente. Por último, no es menos repudiable la cita del artículo 1.214, pues además de que no guarda relación con la infracción denunciada, lo cierto es que la actora ha aportado al proceso las pruebas directas de la celebración de los negocios jurídicos sobre los que, por su carácter simulado, ha de calificarse indirectamente la simulación. Sobre ella no caben en la generalidad de los casos pruebas directas.

EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS HAY QUE ESTAR, EN PRIMER LUGAR, AL SENTIDO LITERAL DE SUS TERMINOS. (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Doctrina.—Cuando el contrato se ha redactado por escrito, y en éste se ha dado la forma solemne de escritura pública, lo que implica la clara voluntad de obligarse las partes a tenor de lo expuesto en el documento, es indudable que ha de atenerse a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, ha de prevalecer la «interpretación literal» cuando los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes.

La sentencia de instancia se ha atenido al texto del acuerdo, que se consignó en escritura pública, lo que muestra claramente su voluntad de obligarse, obligaciones que alcanza a las dos entidades, de la que se vería exonerada la Sociedad Marina XX, S. A., según la interpretación que llama global o de la totalidad la parte recurrente, sobre esta clase de interpretación la doctrina jurisprudencial tiene declarado el llamado «canon de la totalidad», pero ello, para el supuesto de no ser posible atenerse al sentido estricto y literal de las cláusulas del contrato, reconociendo así la preferencia que, en materia interpretativa de los contratos, haya de concederse al criterio gramatical, es decir, al recogido en el artículo 1.281 del Código Civil, lo cual está en línea de la consolidada doctrina de la Sala respecto a las normas de interpretación consignadas en dicho texto tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas sean claras, no son de aplicar otras diferentes a las correspondientes al sentido gramatical.

INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LA CLAUSULA PENAL MORATORIA.
(STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Ramón García Varela.

Doctrina.—Aunque algunas de las alegaciones efectuadas por el recurrente no son admisibles, debido a que la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual para su aplicación no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que por ello sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1.154, la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación, sin que esta potestad correctora o la apreciación de la cuantía en que deba mitigarse sea revisable en casación, por ser la moderación una facultad del Juzgador de Instancia.

Sin embargo, con seguimiento de la doctrina jurisprudencial concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben interpretarse con carácter restrictivo, el motivo debe ser acogido por la vía de la transgresión del artículo 1.152, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, pues otra respuesta sería exagerar indebidamente el alcance de la pena.

LA CUANTIA DEL LUCRO CESANTE DEBE FIJARSE OBJETIVA E IMPARCIALMENTE. (STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Don Clemente Auger Liñán.

Doctrina.—En relación al artículo 1.106 del Código Civil hay que tener en cuenta dos pilares fundamentales: el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que haya sufrido el acreedor y dentro de aquel resarcimiento la parte correspondiente a la pérdida que haya sufrido y a las ganancias que haya dejado de obtener. La doctrina suele dar un concepto objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Puede, por tanto, decirse que daño es «todo menoscabo material o moral causado contravieniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra».

Principio básico de la determinación del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. En el caso de autos, de no haber tenido lugar la resolución por incumplimiento del contrato a cargo de la demandada.

El fundamento de la indemnización del lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el artículo 1.106, que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

El pronóstico ulterior de los hechos en orden a la concreción de las ganancias frustradas no puede, lógicamente, ser hecho para que tenga efectos jurídicos por el perjudicado mismo. Ello indica que ha de huirse de un criterio meramente subjetivo y que fundamentalmente se seguirá un punto de vista objetivo, que será generalmente el del Juez o perito imparcial que haya de determinar la ganancia frustrada que tenga en cuenta el curso ulterior de los hechos en su decisión.

Las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo con relación a la pérdida de provecho económico.

Por todo lo expuesto, la determinación de los daños y perjuicios producidos a la demandante por la unilateral e injustificada terminación del contrato a los siete meses de su vigencia hecha por la demandada, cuando la duración estaba pactada para cinco años, debe atenerse a la conclusión obtenida por el perito imparcial, que puede estimarse de todo punto acertada y razonable con arreglo a los criterios de la sana crítica.

OBLIGACION DE PAGAR LAS COSTAS PROCESALES SOLIDARIAS PARA TODOS LOS DEMANDADOS CONDENADOS. (STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Doctrina.—Hay que afirmar que la parte ahora recurrente, que fue demandada, aún incluso como declarada en rebeldía en el proceso inicial, sí fue condenada en costas, por lo que está obligada a abonar su importe, pues tratándose de un codemandado que hubiera podido beneficiarse del resultado del proceso ha sido condenado, junto a los otros codemandados, por lo que está obligado al pago de la cuota procedente, ya que dicha condena con su consecuencia sobre las costas, supone título suficiente para que el que ha abonado la totalidad de ellas pueda a su vez repetir contra otra parte condenada la porción correspondiente, que en el presente caso sería la cuarta parte, dado el número de codemandados.

Por todo ello no se puede hablar de infracción del artículo 1.145 del Código Civil, ya que el título de solidaridad que impregna la condena en costas para una parte litigante múltiple, indica que el pago total efectuado por un colitigante le da base suficiente para reclamar la parte correspondiente a los otros, en este caso, codemandado. Y esto sencillamente es lo que ha pretendido la parte recurrida en la presente causa.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO DA FE DE LOS DATOS FISICOS. (STS DE 24 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—Después de exponer la descripción de la finca embargada y la descripción registral de la finca, y argumentar que en la escritura pública de

compraventa se describió la finca conforme a la que consta en el Registro de la Propiedad, se hace referencia al contenido del embargo efectuado en la ejecución en que se plantea la tercería y al informe del perito, para finalizar resumiendo que «de los datos expuestos no cabe más conclusión que estamos hablando de una misma finca, aunque con distintas versiones o descripciones con más o menos coincidencias».

El motivo se desestima.

Doctrina.—No hay base jurídica alguna para sostener que a través de la subasta celebrada en el juicio ejecutivo se adquirió el dominio de la casa-chalet objeto de la tercería. Tal planteamiento no armoniza con la situación posesoria ni con la comparación embargo-subasta de la primera ejecución, resultando absolutamente insuficiente, como con cabal acierto razona la sentencia recurrida, el argumento consistente en ser idéntico el linde sur, pues no es jurídicamente relevante, ya que no atribuye dominio, ni como dato físico posee eficacia registral, y menos todavía en un incidente de tercería.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VICIOS RUINOGENOS CUANDO NO SE PUEDE DETERMINAR LA DE CADA UNO DE LOS CONDENADOS.
(STS DE 28 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Doctrina.—Los vicios se concretan en la existencia de humedades que se localizan en dos espacios distintos del edificio, en la planta sótano y en el hueco de la escalera, y tanto en unas como en otras no son debidas ni exclusiva ni principalmente a los defectos del proyecto, sino también y en parte fundamental, a la mala impermeabilización del inmueble, que se concreta en el deficiente sellado de las juntas de dilatación de los muros de hormigón perimetrales, en las bajantes que pasan a través del forjado del sótano y en las juntas entre las carpinterías de aluminio y el muro de fábrica, en las ventanas de las escaleras..., por lo que las causas de las humedades no se limita a la falta, en el proyecto de obra, de drenaje perimetral y al inadecuado sistema de ventilación. El artículo 1.591 del Código Civil establece responsabilidades individuales a cada uno de los agentes que intervienen en la construcción, según los vicios que ocasionen la ruina del edificio, sean debidos a vicio del suelo o de dirección, en cuyo caso responderá el arquitecto, en cambio si la falta se debiere a vicios en la construcción responderá el constructor, pero en la práctica suele ocurrir que la ruina se deba a diversas causas que conducen al resultado final de la ruina y que hace imposible la individualización de la responsabilidad de cada una de los participantes en la actividad constructiva, por ello la jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la construcción, que es la que ofrece mayores garantías de que queden cubiertos los intereses de los perjudicados, teniendo en cuenta además que es la que se ajusta a la naturaleza de las cosas, habida cuenta de la «identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda predicarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina, ocasionada».

ALCANCE DEL ARTICULO 6.3 DEL CODIGO CIVIL. ACTOS CONTRARIOS A LA LEY Y NULIDAD. (STS DE 31 DE MAYO DE 2002.)

Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1) aquéllos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; 2) actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos *contra legem*; 3) actos que contraríen o falten a algún precepto, legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el juzgador debe extremar su prudencia tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público.

La valoración de las infracciones legales imputadas por la parte recurrente debe incluirse dentro del grupo tercero de los indicados anteriormente.

En este espacio procede indicar que el artículo 48-1.2.º de la Ley General de Cooperativas admite la posibilidad de que el socio sea representado en las Asambleas de las Cooperativas de Vivienda por su cónyuge, y que dicha representación constituía práctica habitual en la «Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres», sin que para ello se exigiera delegación escrita del voto, como asimismo que los acuerdos fueron adoptados en la Asamblea de 17 de octubre de 1994 por mayoría abrumadora, de manera que, aun si se restara del total de los votos los emitidos por las tres personas que se dice no son socios, el resultado de las votaciones no sería modificado.

Por ello, el hecho de haber tenido como asistentes de la indicada Asamblea a socios que no debieron serlo, constituye una irregularidad sin incidencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado, y por consiguiente, según la línea jurisprudencial antes manifestada, carece de virtualidad suficiente para generar una nulidad de pleno derecho de su constitución.

INSUFICIENCIA DE BIENES PARA HACER EFECTIVOS LOS CREDITOS. (STS DE 11 DE JUNIO DE 2002.)

El recurso se funda en la infracción de los artículos 1.111 y 1.294 del Código Civil en relación con la ausencia del requisito de la subsidiariedad o insuficiencia de bienes de los cónyuges demandados para hacer efectivos los créditos de la actora-recurrente.

Motivo que es estimado porque funda esa apreciación el Tribunal de instancia única y exclusivamente en que la Caja de Ahorros demandante «podrá resarcirse de sus créditos adjudicándose dos inmuebles que tienen hipoteca-

dos en garantías de préstamos», no sólo desconoce el dato incontrovertible de que dos de las garantías de sendos préstamos eran segundas hipotecas, supeditadas por tanto a las de rango preferente, así como que la responsabilidad no se había limitado a la propia garantía hipotecaria, sino también la jurisprudencia de esta Sala que ha venido flexibilizando los requisitos de que se trata en el sentido de no ser exigible una declaración judicial de insolvencia del deudor, o el que ésta sea total, ni una prueba a cargo de los acreedores de la falta de otros bienes del deudor sobre los que hacer efectivos sus créditos, pues es el deudor quien ha de precisar y señalar estos bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria.

SOLICITUD DE CEDULA DE APROVECHAMIENTO URBANISTICO Y CULPA DEL ARQUITECTO. (STS DE 13 DE JUNIO DE 2002.)

Se alega la infracción del artículo 1.101 del Código Civil que establece que quedan sujetos a indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los de cualquier modo contraviene el tenor de aquéllas, entendiendo la parte recurrente que en ningún caso los arquitectos, a los que se les encargó la realización de los proyectos de remodelación de un edificio incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, pues aunque el proyecto de remodelación no tuvo buen fin al ser denegada la solicitud de licencia por el Ayuntamiento de Barcelona, por sostener que supera los límites de altura, entendiendo que pese a esa negativa, el proyecto era correcto.

El motivo ha de desestimarse porque no puede tener virtualidad frente a la apreciación del Tribunal de instancia, la alegación hecha en este recurso por la parte recurrente de que la certificación urbanística, ni tiene carácter obligatorio ni es necesaria su obtención por un profesional arquitecto. Ahora bien, la existencia de culpa se apreció por la Audiencia en base a la no obtención de la certificación referida, no lo fue porque ésta haya de ser solicitada de forma necesaria y obligatoria, sino como cautela de profesional diligente, según se dice en la sentencia recurrida, ante la diversidad interpretativa que pueden originar las normas urbanísticas y la certidumbre de que quien expide aquélla es la misma autoridad administrativa que otorga las licencias. Ni la circunstancia de que el Ayuntamiento haya posteriormente cambiado, en su caso de criterio en torno a los límites de altura, porque este cambio si realmente ha acontecido, se refiere a un proyecto de 1995, lo que viene a demostrar la importancia de solicitar la correspondiente cédula de aprovechamiento urbanístico para conocer el criterio interpretativo de la administración en el momento de solicitar la licencia de obras.

INCONGRUENCIA PRODUCIDA POR LA ALTERACION DE LA SENTENCIA DE LA CAUSA DE PEDIR. (STS DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

Salvando las imprecisiones terminológicas, en cuanto que las partes en el contrato están hablando del precio de la opción, cuando en realidad de lo que se trata es del precio de la compraventa, entendemos con la parte recurrente que es de apreciar la incongruencia de la sentencia denunciada en el presente motivo, pues aunque el fallo de la misma acoja el pedimento alternativo del

suplico de la demanda, sin embargo se ha hecho alternando la causa de pedir, deviniendo en consecuencia por ese hecho indefensión a la parte demandada, pues como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, la incongruencia se produce cuando una sentencia deja cuestiones sin decidir, concede más de lo pedido o cosa distinta a lo solicitado, pero se da también la incongruencia cuando la sentencia altera la causa de pedir, produciendo con ello indefensión, en cuanto del relato fáctico de la demanda y de su fundamentación jurídica, al invocar el artículo 1.303 del Código Civil que estatuye que una vez declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos y el precio de sus intereses, y es en ese concepto en el que la parte actora pide la devolución del cheque, por lo que si el contrato de compraventa es inexistente por carecer de causa, la cantidad que se acuerda devolver al demandante no puede ser por haberla recibido los demandados en concepto de precio, porque ello supondría una contradicción *in terminis*, con el hecho de haber tenido como inexistente el contrato por falta de causa, pues es sabido que en las compraventas el precio constituye para el vendedor la verdadera causa del contrato de compraventa el precio, y la ausencia de tal requisito determina la inexistencia de la misma, por consiguiente no se puede después de haber entendido el Tribunal de instancia que el contrato en base al cual se hace la reclamación es inexistente por carecer de causa, acordar la devolución de la cantidad reclamada que había sido satisfecha en concepto de precio, sin incurrir en una contradicción que también haría incongruente la sentencia.

INDEMNIZACION POR INCUMPLIMIENTO. (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002.)

Para la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil es preciso demostrar que el contrato existe, que se incumple por causa imputable al deudor y que se produce un daño causalmente unido al incumplimiento, y en atención a la consolidada jurisprudencia mantenida desde antiguo, donde se establece como requisito necesario para que surja el deber de indemnizar, la existencia del nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, y como en este supuesto el daño se produjo por no haber construido los dos pantalanes donde iban a situarse los puestos de amarre y atraque que debían ser cedidos al club recurrido, y esta falta de construcción se produjo por el incumplimiento por «Marina de Formentera, S. A.», al no modificar el proyecto original como se había comprometido en el convenio de 13 de septiembre de 1979, y que consistió la principal obligación de esta sociedad frente al club para incluir en el proyecto modificado dos pantalanes más, lo que ha producido como consecuencia causal el perjuicio para el otro contratante, perjuicio no discutido en autos, al no poder disponer de los susodichos puestos de amarre y atraque. Esta relación de causalidad, además, la ha atendido por acreditada la sentencia de instancia, y a ello hay que atenerse, porque el nexo causal entre el incumplimiento del contrato y los daños se ha de considerar como una cuestión de hecho, así como la existencia del daño.

INEXISTENCIA DE LA ADQUISICION DE FINCAS POR USUCAPION. (STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2002.)

La Audiencia Provincial, en una valoración probatoria absolutamente correcta, afirma que la posesión desde 1952 de los bienes a que se refiere la demanda por el causante de los demandados y luego por éstos, públicamente y en concepto de dueños, sin reclamación alguna por parte de doña Pilar Maciá, que no falleció hasta 1986, evidencia la adquisición de los mismos por aplicación del plazo extraordinario de prescripción de treinta años. Tal conclusión no ha sido eficazmente combatida por el recurrente ni puede resultar desvirtuada por la mera manifestación de que la mencionada prescripción es inexistente.

ERROR ES LA DECISION INJUSTIFICABLE EN DERECHO. (STS DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

A la sentencia de la Audiencia cabe reprocharle algunas imprecisiones de planteamiento, descuidada redacción jurídica en algunos puntos, extenderse en consideraciones innecesarias sobre temas ajenos al debatido, e incluso alguna apreciación jurídica discutible, pero en absoluto incide en error judicial.

No es cierto que se haya desnaturalizado la acción efectivamente ejercitada en la demanda, no se han variado los hechos, ni se ha cambiado la posición procesal del acto establecida en la demanda y en el recurso. La acción ejercitada en la demanda era la subrogatoria de pago por tercero de los artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil, y la misma se desestima porque el actor no hizo el pago como tercero, sino en concepto de propietario de la finca (y por lo tanto como deudor principal). Para efectuar esta apreciación (actuación como propietario) la sentencia se apoya en dos argumentos, y si bien uno de ellos puede ser jurídicamente polémico (al derivarse de una decisión judicial no firme), el otro en absoluto puede ser tachado de arbitrario o erróneo, pues se deduce de la valoración probatoria de las pruebas de confesión y documental. El juzgador efectúa una apreciación de la prueba que no cabe revisar en este juicio de error, el cual no constituye un recurso o nueva instancia, y realiza una aplicación de la doctrina de los actos propios coherente con el supuesto fáctico previamente fijado. Se puede discrepar acerca de si era posible otra argumentación jurídica que pudiera conducir a una decisión diferente, pero en modo alguno cabe apreciar el error en el sentido que lo configura la doctrina jurisprudencial. Repetidamente viene diciendo esta Sala que no es el desacierto lo que se trata de apreciar o reconocer, sino la decisión injustificable en derecho. Para que se pueda dar lugar a la estimación de la demanda es preciso un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal. Ha de tratarse de un error craso, evidente e injustificable, una equivocación manifiesta, palmaria e incontestable, que ha provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales generadoras de una resolución absurda que rompa la armonía jurídica.

COMPRAVENTA SIMULADA. LA RECEPCION DEL PRECIO QUE CONFIESA RECIBIDO POR EL VENDEDOR, CUANDO ESTE LO NIEGA, HACE RECAER LA CARGA DEL HECHO POSITIVO (PAGO) SOBRE EL COMPRADOR QUE MANTIENE LA REALIDAD DEL NEGOCIO. EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE APLICARSE CUANDO LA CAUSA DEL CONTRATO SE EXPRESA EN EL MISMO. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2002.)

Ejercitándose en este litigio una acción declarativa de simulación de una compraventa, el órgano judicial ha de llegar por pruebas indirectas muchas veces al descubrimiento de la simulación porque ante él se presentan simples y escuetas declaraciones contractuales sin base fáctica. Uno de los instrumentos para aquella finalidad es la averiguación de si el precio que se dice recibido por el vendedor se pagó, no bastando en modo alguno el reconocimiento de su recepción cuando ésta es negada. Ante este hecho negativo, nada impide a la parte compradora demostrar el hecho positivo en contrario, o sea, la entrega. Es una prueba que está a su alcance, no así para el vendedor la negativa de no haberlo recibido. Esta Sala ha declarado reiteradamente que la fe notarial hace prueba, mientras no se ataque por falsedad de que los otorgantes de la escritura pública hicieron las manifestaciones que constan en el documento, pero no de que ellas correspondan a la verdad (sentencias, entre otras, de 30 de septiembre de 1995 y 30 de octubre de 1998 y las que en ellas se citan).

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv., acusa infracción del artículo 1.277 del Código Civil, que establece una presunción de causa en los contratos, que exonera de prueba a los favorecidos con ella, volviéndose de nuevo en la fundamentación del motivo a resaltarse el valor probatorio del reconocimiento de la recepción del precio por la vendedora (actora-recurrida).

El motivo se desestima porque el artículo 1.277 nada tiene que ver con la cuestión litigiosa. No se ha puesto en duda por las partes la existencia de causa, que fue la compraventa celebrada entre las partes de modo formal en escritura pública. Lo discutido ha sido si fue real o no tal causa. En cambio, el artículo 1.277 se refiere a los supuestos de no expresión de la causa en los contratos.

TERCERIA DE DOMINIO. PREDOMINA EL DERECHO DE LA PERSONA FAVORECIDA POR UN TITULO ANTERIOR EN EL TIEMPO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2002.)

Efectivamente, como dice la parte recurrente, el precepto aludido indica que toda acción de tercería de dominio ha de fundarse en la acreditación del dominio de los bienes litigiosos y que su adquisición fue anterior a la fecha en que se practicó el embargo, y que dichas tercerías habían de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor.

Pues bien, en el presente caso y para ya centrar la cuestión hay que tener en cuenta unos datos esenciales para su resolución, y que, además, pueden calificarse como incontrovertidos, los cuales son: a) Que los recurrentes suscribieron en fechas comprendidas entre los meses de febrero a julio de 1989, contratos plasmados en documentos privados y escrituras públicas cuyo objeto estaba constituido por la figura negocial conocida doctrinalmente como contrato de aportación de solar, aunque en el presente caso el precio no era

sólo el obtener viviendas y locales, sino también dinero. La naturaleza de dicho contrato participa de una conexión con la de la compraventa, la permuta y el de arrendamiento de obra, pero puede ser definido como una permuta de cosa presente por cosa futura, por lo que le serán aplicables al mismo las normas que establece el Código Civil para la permuta, y en su caso para la compraventa; b) Que hubo una entrega de lo construido a través de escrituras de fecha 23-VII-1993, 10-VIII-1993 y 10-VIII-1994, para que el conjunto global de los ahora compradores, antes cedentes, terminaran las obras y asumieran deudas contraídas; y partiendo de la base del no correcto entendimiento que el título emanado de dicha escritura pública haya de retrotraerse a las fechas en que se celebraron los contratos de cesión de solar, que desde luego no sirvieron para entronizar el modo como elemento o requisito esencial para la transmisión del dominio; c) Que el 5 de mayo de 1993 se anotó a favor de la parte recurrida la traba sobre dichos inmuebles por causa de diversos procedimientos ejecutivos.

Dicho todo lo anterior, es preciso volver a traer la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión, en concreto la que determina que el objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndoles de la vía de apremio, es decir, lo único que se persigue es impedir que la cosa embargada al deudor ejecutado sea adjudicada definitivamente al ejecutante, obstaculizando su eventual y ulterior transferencia, con lo que tal proceso no entraría la contienda del propietario no poseedor frente al poseedor no propietario que caracteriza la acción reivindicatoria, sino que sólo tiende al levantamiento del embargo por no pertenecer al deudor el bien sobre el que se constituye. Ya que la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es una acción declaratoria, cuyo objeto es la determinación del derecho de propiedad —a favor del demandante-tercerista—, y el levantamiento del embargo —trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado— (sentencias de 2 de julio de 1994 y 19 de mayo de 1997, como más significativas, entre otras).

ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL.—EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2002.)

El único motivo del recurso, amparado en el número 4.º el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1.124 del Código Civil y se funda esencialmente en que, habiéndose solicitado en la demanda interpuesta la condena al pago por el demandado, hoy recurrente, del contravalor en pesetas de 286.278,78 coronas danesas en concepto de precio de mercancías vendidas y entregadas a éste, «la actora había incumplido con las obligaciones inherentes a la relación contractual que unía a ambos, y ello por cuanto: 1. La actora no había entregado las máquinas en el estado de calidad y funcionamiento pactado, y 2. La actora tampoco prestó la garantía y asistencia comprometida en las facturas que acompañan en orden a la reparación de las maquinarias, su rectificación o reposición o cambio por otras nuevas que funcionaran», por lo que se considera aplicable el precepto invocado.

El motivo no debe prosperar por las siguientes razones: a) La resolución contractual en aplicación del artículo 1.124 del Código Civil debe ser declarada judicialmente siempre que no se haya acordado por las partes, sin que

pueda oponerse por vía de excepción (sentencia de 1 de abril de 2000) a diferencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, sino que precisa reconvencción (sentencia de 15 de noviembre de 1999), y, en el caso que nos ocupa, aunque el demandado se refirió a la Resolución al contestar a la demanda, lógicamente se limitó a pedir su absolución, y en la reconvencción, si bien volvió a alegar respecto a su pretensión resolutoria, sólo solicitó en el Suplico la condena a la actora a retirar la mercancía vendida y a indemnizar por los gastos del almacenaje y, con carácter subsidiario, que se condenara a «M. Gerni A/S» a pagar el valor nuevo de la maquinaria, también en concepto de indemnización, o sea que, en definitiva, no ejercitó la acción resolutoria; b) La determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual es *quaestio facti* (sentencias de 18 de octubre y 4 de noviembre de 1999 y 10 de mayo de 2000), que, por tanto, sólo puede ser impugnada en casación por la vía adecuada (sentencia de 2 de diciembre de 1999) en los casos en que sea atacable la valoración probatoria efectuada en la instancia, lo que no se ha realizado; y c) Aunque lo expuesto ya conduce al rechazo del motivo, sucede que, además, tanto la sentencia del Juzgado (Fundamento de Derecho quinto), cuya fundamentación fue aceptada por la Sala de instancia como la dictada por ésta, ponen de manifiesto diversas circunstancias obstativas de la pretensión formulada por el señor A. R. en vía reconvenccional, que son valoradas correctamente y llevan a la conclusión —ante el evidente impago del precio— de la procedente estimación de la demanda y desestimación de la reconvencción, siendo particularmente significativa la falta de identificación precisa de las máquinas defectuosas y la no reclamación por el demandado de su reparación dentro del período de garantía.

INEFICACIA DE UN CONTRATO QUE HA SIDO DEJADO SIN EFECTO POR OTRO POSTERIOR. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2002.)

Según se desprende del *factum* de la sentencia recurrida, la parte ahora recurrente y antes demandante, firmó un documento privado de fecha 1 de septiembre de 1992, con su actual coadyuvante procesal, en el cual se hacía constar que todas las relaciones negociales que les unían quedaban zanjadas y sin efecto, estableciéndose la compensación de los perjuicios sufridos por éste.

Por todo ello es imposible que el ahora recurrente pretenda subrogarse a través de esta demanda cuya base es un documento de fecha 1 de marzo de 1994, en los derechos que su coadyuvante procesal tenía frente al demandado y ahora recurrido sobre determinadas fincas, ya que para aquel entonces no había ningún vínculo o representación entre el actor y el referido coadyuvante.

A estas conclusiones se llega en el *factum* de la sentencia recurrida, y a través de una actividad hermenéutica lógica y racional, lo que unido a que las facultades interpretadoras de los convenios, negocios, relaciones y obligaciones se integran en la propia soberanía juzgadora de los Tribunales de instancia (sentencia de 18 de junio de 1992, por todas); hace que sin más y sin entrar en la discusión, por inane, sobre la correcta aplicación de los artículos alegados como infringidos en este motivo, el mismo debe ser rechazado.

UN DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE UNA EXPECTATIVA DE VIVIENDA, NO ES TÍTULO SUFICIENTE PARA EL EJERCICIO DE UNA TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

a) Los ahora recurridos suscribieron y adquirieron, por el sistema de «a través de planos», de una promotora y a través de documento privado, un piso; b) Dicha adquisición fue inscrita en la Consejería de la Vivienda, organismo dependiente de la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha; c) Con posterioridad a tal documento privado e inscripción del mismo, la parte ahora recurrente que tenía un crédito con la referida promotora, embargó el piso en cuestión que estaba a nombre de la misma.

Ante todo ello, la parte ahora recurrida promovió demanda de tercería de dominio, que originó el proceso del que este recurso trae causa.

Pues bien, centrando ya la cuestión, hay que proclamar que un requisito *sine qua non* para que pueda ejercitarse con éxito una acción de tercería de dominio, es que el tercerista sea propietario indubitado del objeto que ha sido objeto de traba, ya que la finalidad de tal acción es la de liberar de un embargo bienes que han sido injustificadamente trabados, o sea, que se debe pretender única y exclusivamente el levantamiento de dicho embargo, puesto que sólo el tercerista es el propietario y no lo es el ejecutado.

Y en este sentido se ha decidido la jurisprudencia de esta Sala de una manera pacífica y constante; y así, con arreglo a la misma, hay que afirmar que por su naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba y, en su consecuencia, debe levantarse la restricción; pues el objetivo de la misma es atacar el embargo trabado y pedir su alzamiento (por todas, la sentencia de 10 de octubre de 1996).

Para ello, hay que decir que reiteradamente esta Sala ha proclamado que el Código Civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo, conforme a la cual —a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales—; y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición, y así se desprende de los artículos 609 y 1.095, es decir, que sólo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in se* (sentencia de 20 de octubre de 1990).

EL CONTRATO FIDUCIARIO HA DE SER MANTENIDO EN SUS TERMINOS CUANDO SU CAUSA SEA CIERTA Y LICITA. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Acepta y reproduce la sentencia recurrida los fundamentos jurídicos de la sentencia que ante la Sala de instancia fue parcialmente apelada y es en ambas, respecto a la concreta cuantía a la que el motivo de recurso nos conduce, que establece categóricamente estarse ante un contrato disimulado —el referido a las fincas registrales números 19.861 y 51.772— que no es el que aparece de venta hecha por los demandados señor Velasco y esposa a favor de sus hoy codemandados don Juan de Dios Sánchez y esposa, sino de

restitución de la garantía dada en su día a un préstamo, siquiera la restitución se hace a nombre de los familiares de los destinatarios que se señalan.

Según las sentencias de instancia no se reduce la justificación a la pura mecánica de transmisiones hechas según la causa que se les atribuye y si se produce, según lo probado, una justificación ateniéndose a la impugnación que de su existencia se hace por disposición de bienes que harán infructuoso el aval personalmente prestado en el contrato de arrendamiento financiero que se esgrime en demanda, justificación aquella en la que se destaca, como real, que la transmisión de tales bienes a los avalistas demandados se hace sobrepasados nueve meses desde que el contrato de arrendamiento financiero se realizó y sólo cerca de año y medio después se hizo la transmisión devolutiva en la forma que queda establecida para quedar encuadrada en el artículo 1.276 del Código Civil tras la afirmación de que la demandante no ha probado, en forma alguna, la ficción que invoca.

Es reiterada la jurisprudencia —entre otras muchas, las sentencias de 18 de febrero de 1965, 6 de abril de 1987 y 5 de julio de 1993— que admite la validez del negocio disimulado como fiduciario en cuanto obedece a una causa de atribución patrimonial al fin concreto para que se ha convenido con obligación de retransmitir una vez que el fin convenido se ha cumplido, y es en este sentido que se establece en la instancia lo así producido respecto a aquellas reseñadas fincas de forma que, revelada la verdadera causa contractual y valorados en su verdadera naturaleza los contratos controvertidos por tal motivo, sin que se aprecie ni se pruebe error que lo desvirtúe, ha de estarse a lo establecido por la Sala de instancia —sentencias de 28 de octubre de 1988, 4 de marzo de 1993, 4 de febrero de 1994 y 31 de diciembre de 1997— y el motivo de recurso ha de ser desestimado.

TERCERIA DE DOMINIO.—DESESTIMACION POR INEXISTENCIA DE TITULO AL NO HABER SIDO RECONOCIDO EL DOCUMENTO PRIVADO EN EL QUE SE HIZO CONSTAR EL CONTRATO Y NO PODER PERJUDICAR A TERCERO LA FECHA CON QUE SE DATA EL MISMO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

En el primer motivo, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 609 del Código Civil, que establece que «la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles se adquieren ... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», ya que la sentencia admite la celebración del contrato y la toma de posesión jurídica del comprador y no obstante entiende no haberse producido el efecto traslativo del dominio.

Motivo que ha de ser desestimado porque no se atiene al *factum* de la sentencia recurrida, que pese a su defectuosa redacción, que da lugar a que aparezca en contradicción las afirmaciones mantenidas en su fundamento de derecho segundo, con lo que se sostiene posteriormente en el tercero, siendo en este último en el que en realidad se basó el pronunciamiento desestimatorio del recurso y consiguientemente de la demanda, en cuyo párrafo segundo, apartados letra *a)* y *b)*, se sostiene ratificando lo mantenido los razonamientos de la sentencia dictada en primera instancia; afirmando en el primero la falta de autenticidad del documento privado en el que se hace constar el contrato de compraventa, esto es, el título, y en el segundo, la falta de prueba

para acreditar una existencia real de una posesión de la susodicha parcela que, según se mantiene por el recurrente, fue segregada de la Parcela C-1, cuya totalidad fue embargada por Hacienda Pública, concluyendo en el último párrafo del referido fundamento tercero que no existe título, por lo que es evidente que falta el supuesto de hecho en que fundamenta la parte recurrente la violación de la norma del artículo 609 del Código Civil.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NULIDAD DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS POR SER CONTRARIOS A LA LEY Y ESTATUTOS. APERTURA DE LOCALES. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2002.)

En el único motivo del recurso denuncia el recurrente (parte demandante) infracción del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal para interesar se decreten nulos los acuerdos tomados en la Junta de Propietarios celebrada el 17 de junio de 1994, por ser contrarios a la Ley y a los Estatutos en lo relativo a la *apertura de nuevos locales*.

Ha de partirse de que la sentencia recurrida declara hecho probado, que accede fijado a casación, que en la Junta de referencia se acordó la apertura de un local a realizar por don Juan León Correa, a lo que se opuso el recurrente. En la convocatoria de la Junta, integrando el orden del día, se anunció de modo genérico la «apertura de locales», lo que resulta suficiente, pues como declara la sentencia de 16 de abril de 1993, de la letra ni del espíritu del artículo 15 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, en su texto vigente, tras la Ley de 23 de febrero de 1988, puede entenderse que exista un auténtico derecho de información a favor de los copropietarios, como ocurre en el ámbito de las sociedades anónimas, bastando con hacer contar las materias a tratar en la Junta que se convoca, sin que se exija con rigor la exposición previa de todos los datos o medios de conocimiento precisos para la participación y, en su caso, deliberación de los interesados. De esta manera, no conforma el precepto una exigencia particularizada y detallista de los temas a decidir en la asamblea.

SEGURO «MULTIRRIESGOS TRANSPORTISTAS». SEGUN LAS CONDICIONES GENERALES, EL VEHICULO DEBE ESTAR EXPRESAMENTE DESIGNADO, PERO NO EL CONDUCTOR. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

El supuesto de hecho y el fundamento de derecho que constituyen las bases fácticas y jurídicas de la presente acción parten de sendos contratos de seguro denominados «multirriesgo transportistas» que cubrían una serie de riesgos referidos a dos vehículos (camión o cabeza tractora) y dos remolques, todos ellos *expresamente designados en las condiciones particulares*, tal como se exige en la cláusula preliminar de las condiciones generales y se reitera en las siguientes, que siempre se refieren a *vehículo designado*; el conductor viene definido en la misma cláusula preliminar en estos términos: *la persona que legalmente habilitada para ello y con autorización del asegurado, propietario o usuario del vehículo asegurado, que conduzca el mismo o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del accidente*. En esta definición se insiste en la idea de *vehículo asegurado* y cuando más adelante (art. 2.5) se describen los accidentes personales del conductor, objeto del

riesgo asegurado, se reitera que es el *conductor del vehículo asegurado*. Es decir, que en ningún momento se exige ni se menciona que el conductor se designe expresamente *nominatim*.

De la normativa básica que regula el contrato de seguro se desprende que la obligación esencial del asegurador en satisfacer el capital en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. En el caso presente no aparece en ningún momento, en cláusula alguna de las condiciones generales, el que se asegure una persona física determinada *nominatim* como conductor, sino que por el contrario se le define como el *que conduzca o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad*. Lo cual no queda desvirtuado por una designación en sendas pólizas del nombre del conductor. Son impensables dos extremos: que si éstos, los designados, no conducen ellos, el seguro no cubre a las personas que sí conducen y qué persona de conductor sería la asegurada si conduce uno de ellos pero, como en el caso presente, es un camión designado expresamente en una póliza y con el remolque designado en la otra.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA VINCULA A QUIEN LO REALIZA. EN ATENCION A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL HA DE PRESUMIRSE QUE SU CAUSA EXISTE Y ES LICITA. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2002.)

Don Gabriel había interpuesto demanda contra su esposa doña Angeles, reclamando el pago de 901.584 pesetas que le adeudaba como consecuencia de no haber atendido durante 1994 y los meses de 1995, hasta entonces transcurridos, los plazos previstos en la escritura pública de reconocimiento de deuda de fecha 13 de junio de 1989.

La demandada interesó la desestimación de dicha pretensión y formuló reconvencción interesando la declaración de nulidad radical del mencionado documento; subsidiariamente, la extinción de la deuda consignada en el mismo; finalmente, de no acogerse ninguna de tales peticiones, que se llevase a cabo una partición adicional, subsanando la liquidación y adjudicación de gananciales efectuada por los litigantes en su día.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, condenando a la demandada al pago de las costas.

Apelada esta Resolución por doña Angeles, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente con imposición a la recurrente de las costas de la alzada.

La esposa ha interpuesto el presente recurso de casación, que no se admite.

Como señala el Tribunal de instancia, el reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1.277 del Código Civil ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario.

En la sentencia impugnada se lleva a cabo una detenida valoración de las pruebas practicadas, ponderando el contenido de los diversos escritos suscritos por las partes, y se llega a la conclusión de que la escritura de 13 de junio de 1989 reúne todos los requisitos que el artículo 1.261 del Código Civil exige para su validez y eficacia.

COMPETENCIA DESLEAL: LICITUD DE LA COMERCIALIZACION EN ESPAÑA DE SARTENES FABRICADAS EN ITALIA, AUNQUE PRESENTEN ALGUNAS SIMILITUDES, NO AMPARADAS POR DERECHOS DE EXCLUSIVA CON LAS FABRICADAS Y COMERCIALIZADAS POR LA EMPRESA FRANCESA DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

En juicio de menor cuantía promovido por una sociedad francesa de reconocido renombre internacional en la fabricación y comercialización de artículos para el hogar y su filial española, contra una sociedad anónima domiciliada en Zaragoza a la que imputaba una comercialización de sartenes bajo la marca «Rottwell», que infringía la legislación de marcas y de competencia desleal al imitar las sartenes «Resistal» de las demandantes, caracterizadas por su fondo interior antiadherente, colmenado o en panal, y su presentación en un cartón protector con dibujos concéntricos que resaltaba la avanzada tecnología aplicada en la fabricación del producto y mencionada su antiadherencia.

A) La Ley de Competencia Desleal considera como tal determinados actos y prácticas comerciales, pero siempre desde la finalidad superior de una *«protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado»*, objeto de dicha Ley, según su artículo 1, que se corresponden con las razones de su Exposición de Motivos cuando declara acerca, precisamente, de la finalidad de la Ley, que la redacción de sus preceptos *«ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales»* (apartado III.2, párrafo último), que al perfilar los elementos generales del ilícito concurrencial se ha seguido *«un criterio marcadamente restrictivo»* (apartado III.2, párrafo segundo), que la Constitución hace gravitar nuestro sistema económico sobre el *«principio de libertad de competencia»*, reforzado por el de *«protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado»* (apartado II, párrafo último) y, en fin, que el Derecho de la competencia desleal *«deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado»*, siendo así portadora dicha Ley *«no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo»*.

B) Tales principios tienen su adecuado reflejo en los concretos preceptos de la Ley que describen los actos constitutivos de competencia desleal, no sólo mediante la expresa mención del consumidor o consumidores en los artículos 6, 7, 8, 11, 16 y 17, sino también mediante excepciones a la ilicitud del acto fundadas en la libertad de competencia, cual sucede en el apartado 1 del artículo 11 al declararse libre la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley en el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo, cuando excluye la deslealtad de prácticas imitativas en función de su inevitabilidad o, en fin, cuando en el apartado 3 se condiciona a determinados fines y excesos la ilicitud de la imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor.

C) En esa misma línea ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal *«proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida»* (STS 7-6-00 en recurso 2484/95) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS 6-6-97 en recurso 1611/93).

DOMINIO: TRANSMISION; TITULO Y MODO; COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO: ES TITULO SUFICIENTE PARA TRANSMITIR EL DOMINIO.—RESOLUCION CONTRACTUAL: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: POR IMPAGO DEL PRECIO APLAZADO PROLONGADO, DURADERO E INJUSTIFICADO. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

El Tribunal Supremo no admite la casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en la que se declara: *a)* La resolución del contrato de compraventa otorgado entre las partes litigantes mediante documento privado de fecha 13 de junio de 1989, respecto de la finca descrita en el hecho primero de la demanda; *b)* Que los demandados vienen obligados a restituir de inmediato a la actora la finca objeto de la compraventa; y *c)* Que la cantidad de TRES MILLONES CIEN MIL PESETAS (3.100.000 ptas.) entregadas por los demandados a cuenta del pago del precio de la compraventa, debe hacerla suya la actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, en razón de la tenencia y disfrute de la finca objeto de la compraventa desde el día 13 de junio de 1989, fecha en que empezó a ocuparla hasta el día en que efectivamente sea devuelta a la demandante.

Se desestiman todos y cada uno de los nueve motivos alegados. Recogemos el noveno que aclara la cuestión:

— En el *motivo noveno* se alega la infracción del artículo 1.124 en relación con el artículo 1.504, ambos del Código Civil.

El motivo debe también desestimarse.

Argumentar ahora, como se hace en el motivo, que, habiendo de tener lugar simultáneamente el pago de la parte de precio aplazado y el otorgamiento de la escritura pública, mal puede entenderse que se incumplió dicha obligación de pago, que había de tener lugar antes del 30 de julio de 1989, si se tiene en cuenta que la parte vendedora no podía otorgar la escritura porque hasta el 20 de septiembre de 1990 no tuvo lugar la que formalizaba públicamente la adquisición de la finca a su favor, supone desconocer que el incumplimiento contractual no se concreta en aquella fecha, sino en haberse mantenido durante varios años en la posesión de la finca sin hacer nada en orden al abono de la suma debida. El motivo ignora los hechos probados en los que de modo incontestable se establece que en fecha 20 de septiembre de 1990, Construcciones Algaida, S. A. escritura a su nombre la finca vendida inscribiéndola en el Registro de la Propiedad el 7 de noviembre siguiente, y tras múltiples gestiones efectuadas por dicha entidad demandante acerca de los compradores demandados para que se avinieran al pago del precio restante, promovió el 26 de noviembre de 1993 acto de conciliación a los efectos previstos en el artículo 1.504, a cuyo acto no comparecieron los demandados pese a estar citados en legal forma.

Evidentemente hay un impago prolongado, duradero e injustificado constitutivo de una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato, que frustra el fin del mismo, como razona la Resolución recurrida, por lo que la apreciación de incumplimiento contractual por parte de los demandados y el efecto de resolución contractual son plenamente ajustados a los artículos 1.101, 1.124 y 1.504 del Código Civil.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO. NOVACION PROPIA E IMPROPIA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2002.)

El tema de instancia ha versado sobre la preferencia en los autos de juicio ejecutivo 168/91 del contrato de arrendamiento financiero-leasing suscrito el 28 de diciembre de 1988 con intervención de Corredor de Comercio Colegiado y modificado por escritura notarial, en lo referente al precio contractual, composición, importe y vencimiento de las cuotas, y del importe del valor residual y constitución de hipoteca sobre determinados bienes de los deudores.

Parte el motivo primero que, como han recogido las sentencias de instancia, el tema a dilucidar se reduce a determinar si nos encontramos en presencia de una novación impropia o modificativa o ante una novación propia y extensiva, debiendo atenderse para ello, tanto a la voluntad de las partes o *animus novandi*, como a la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, y cita al respecto la añeja sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1959, que recoge que las modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente, se introduzcan en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación, pero sí las modificaciones que sean esenciales, es decir, constitutivas de las condiciones principales, según el artículo 1.203, como son el plazo pactado y la cuantía de la cláusula penal...

Entiende la recurrente que, en este caso, en el nuevo contrato plasmado en la escritura pública de 25 de febrero de 1992, las partes llevaron a cabo una total alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, pues se modificaron el precio contractual, composición, importe y vencimiento de la cuota y del importe del valor residual y ello lo califica la recurrente como novación extintiva. Entiende que la reclamación por juicio efectivo se ha realizado por el número 1.º del artículo 1.429 LEC, que si no se hubiera novado extintivamente hubiera sido por el número 6.º de tal precepto.

Concluye el motivo que, probado que el crédito de la recurrente nació con póliza de crédito de fecha 27 de julio de 1990, y su liquidez lo fue el 15 de octubre de 1991, es más antiguo y goza de preferencia frente al título de Uninter Leasing, S. A.

No puede aceptarse la argumentación del motivo de que la reclamación por juicio ejecutivo se haya efectuado por la vía del número 1.º del artículo 1.429 LEC en lugar del número 5.º, toda vez que ello aparece intrascendente a estos efectos, pues como han señalado las sentencias de esta Sala, de 6 y 19 de junio de 1995, las pólizas intervenidas por Corredor son equiparables a la escritura pública. Ya la antigua sentencia de 15 de diciembre de 1956 señaló que existe una igualdad de rango y calidad para los efectos del artículo 1.924 del Código Civil, entre la escritura pública y la póliza de cuenta de crédito intervenida por Corredor de Comercio, si bien refiriendo la preferencia, no a la fecha de la póliza, sino a la de cada liquidación.

Teniendo en cuenta que no constituye novación extintiva la modificación del precio ni la alteración de la forma de pago (sentencias de 27 de mayo de 1959 y 25 de abril de 1966), y que la hipoteca se constituyó como mera superposición de garantía, sin que implicara modificación alguna de las obligaciones anteriores, no impide la preferencia del crédito del tercerista —sentencia de 27 de diciembre de 1985— y asimismo debe consignarse que no han variado las condiciones principales y persistiendo el vínculo, se ha

producido una novación impropia —sentencias de 8 de octubre de 1986 y 6 y 10 de febrero de 1995—, por lo que decae la argumentación de la recurrente.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

NOVACION DE ARRENDAMIENTOS.—EXISTE LA NOVACION PORQUE SE HA ALTERADO LA ESENCIA DEL CONTRATO, MODIFICANDO EL OBJETO DEL MISMO. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Ciudad Real desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El contrato se formalizó en 1970 arrendándose la totalidad de la finca a tres hermanos conjuntamente, pero a partir de 1976 uno de ellos comenzó a explotar la tercera parte de la finca de forma individualizada, separando su parcela del resto de la finca, y en 1982 los otros hermanos comienzan a cultivar un tercio de la finca, individualizando su parcela por medio de alambradas. En 1988, el primero dejó su parcela pasando a ser arrendatarios de esa parte, sus tres hijos que convienen con el arrendador dividirla en tres partes separadas, abonando cada uno su renta separada. En 1991 se produce otro cambio, pasando una de las parcelas a sus hijos. Todos los cambios fueron consentidos por el arrendador. La sentencia recurrida entiende que existe una comunidad de bienes conforme al artículo 392 del Código Civil, sin que el hecho de dedicarse cada uno de ellos a una parcela concreta signifique que cada uno tenga un contrato de arrendamiento distinto. Sin embargo, los hechos no permiten afirmar que subsista una comunidad de bienes, relativa al arrendamiento sobre la primitiva finca, que fue objeto del mismo. Por el contrario, la realidad de las divisiones producidas y la individualización de las parcelas y de las rentas, aceptada por el arrendador, conducen a establecer que se ha alterado la esencia del contrato, siéndole aplicable la reiterada doctrina jurisprudencial que reputa existente la voluntad novatoria de las partes, sin necesidad de que conste expresamente su novación cuando se altera la esencia del contrato. Así la sentencia de 15 de diciembre de 1997 considera novación cuando se alteran los elementos esenciales como son el objeto y la RENTA E INCLUSO la modificación de una sola de estas circunstancias, puede ser reveladora de un ánimo novatorio, aún sin olvidar que la prevención de la Sala frente a la novación extintiva que se produce cuando tal novación se relaciona con la pérdida de derechos adquiridos por el arrendatario, según su contrato primitivo (sentencia de 24 de febrero de 1995), ya que no puede ser operativo porque se infiere lo contrario, es decir, que se pretende privar al arrendatario de su derecho de prórroga.

EXTINCION DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD.—FALLECIDA LA ARRENDATARIA DEBE SER SU SUCESOR EL QUE INSTE SU DERECHO DE ACCESO, YA QUE LA SUCESION EN EL ARRENDAMIENTO NO IMPLICA QUE EL SUCESOR TENGA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL O PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA. (SENTENCIA DE 27 SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Pola de Siero desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación interpuesta por el Ayuntamiento de Siero. El derecho de acceso le correspondería a la demandante que reúne las exigencias previstas por la LAR. Pero su posterior fallecimiento, si bien traslada a su patrimonio relicto sus derechos a los causahabientes, había de ceñirse esa transmisión a los que en realidad sean diferibles *mortis causa* a quienes les suceden, pero cuando aquel derecho ha sido reconocido porque la peticionaria era arrendataria rústica y gozaba de la cualidad de cultivador personal o profesional de la agricultura, son estas circunstancias las que han de probarse que existen en ese continuador procesal, ya que no se han debatido en el proceso instado las referidas circunstancias formales precisas, sin perjuicio de que se cumpla el derecho a suceder en el arrendamiento, según el artículo 79 LAR. Por tanto, ese continuador debe instar el derecho de acceso a la propiedad en un nuevo proceso en el que se debatan las cuestiones implicadas en ese derecho.

ARRENDAMIENTO DE CAZA.—EXISTE LA OBLIGACION DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO SE ABANDONA EL ARRENDAMIENTO ANTES DEL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO, POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ocaña estimó la demanda y la Audiencia estimó en parte la apelación.

No se admite la casación. La sociedad arrendataria abandonó el predio a los dos años, siendo el contrato de seis, por lo que fue demandado por la comunidad de propietarios titulares de la finca, alegando que existe una cláusula que autoriza a abandonar el arrendamiento antes del plazo fijado sin derecho a resarcimiento alguno, así como el incumplimiento de la arrendadora a las condiciones del contrato. La sentencia recurrida estimó sustancialmente la demanda y condenó a indemnizar los daños y perjuicios a la demandada, que no había probado el incumplimiento de la actora y, sin embargo, no había respetado el plazo pactado. La ruptura unilateral de la relación contractual, no recién terminada la temporada de caza, sino en el mes de junio, próxima ya la denominada «media veda» y no lejano el comienzo de la siguiente temporada, lo que entrañaba serias dificultades para poder negociar un nuevo arrendamiento en condiciones mínimamente aceptables.

RETRACTO.—NO PROCEDE SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS CUANDO OTRAS HAN ADQUIRIDO LA CONDICION DE URBANAS, YA QUE EL

ARRENDAMIENTO ES UNICO Y NO PUEDE FRAGMENTARSE. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Carlet estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, desestimando el retracto, aunque en la actualidad parte de las fincas mantengan su condición de suelo rústico. Al tiempo de la transmisión de las fincas y presentación de la demanda, aquéllos ostentaban la calificación del suelo urbanizable, conforme al Plan de Ordenación Urbana de 1983, por lo que ha de tenerse en cuenta el artículo 7.1-1.º LAR, ya que una finca, que es calificada como suelo urbanizable, con destino industrial, pierde su propia naturaleza rústica y hace inaplicable la Ley especial conforme a su artículo 1 y con ello el derecho a retraer, y así lo declara la jurisprudencia reiterada de la Sala. En el tiempo actual, durante la tramitación del litigio, el Plan Urbanístico de 1992 atribuyó a una parte de las fincas condición de suelo urbano y a otra la de no urbanizable (rústico). Dice el recurrente que al no hacer uso el arrendador de la facultad de extinguir el contrato, ante el cambio de destino de las fincas, aquél se mantiene en toda su plenitud, lo que no es así, pues los cambios urbanísticos lo variaron de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario su derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el retracto. El hecho de que se mantenga el arriendo no quiere decir que esté sujeto a la LAR, como aquí sucede, al ser unas fincas urbanas y otras rústicas, tratándose de una circunstancia sobrevenida durante la vida de la relación, lo que prevé el artículo 71. EL retracto no puede dividirse y recaer sobre la parte no urbanizada de la finca, pues así se atendería al principio contractual que proclama que el arrendamiento es único y no se puede fragmentar.

RETRACTO.—ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE ADMITE EL ACCESO, AUNQUE EL RETRACTO SOLO SE HAYA EJERCITADO SOBRE ALGUNA DE LAS FINCAS COMPRADAS, YA QUE LO CONTRARIO IRÍA CONTRA EL FIN SOCIAL QUE TIENE EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Burgos desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. La tesis de la sentencia recurrida para fundar la negativa al ejercicio del acceso a la propiedad, se basa en que se ha hecho un ejercicio selectivo del derecho de retracto, ya que sólo se ha efectuado sobre alguna de las fincas compradas por los demandados, pero dicha tesis contradice el interés social que debe presidir toda acción de acceso a la propiedad rústica, ya que la posibilidad que se otorga al aparcero de acceder a la propiedad tiene como fundamento el evitar un arma especulativa, facilitando tal acceso. No se pueden poner trabas ratificales que desvirtúen su contenido real, como sería el acceso o todo o nada, pues hay que tener en cuenta la potencia económica del retrayente que, a veces, no puede abarcar la totalidad de las fincas sobre las que puede obtener el dominio y que, además, no están constituidas en un todo global.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LAS FINCAS ARRENDADAS TIENEN HOY UN VALOR SUPERIOR AL DUPLO DEL DE LAS FINCAS RUSTICAS SITAS EN LA MISMA ZONA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Vitoria desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Las fincas en cuestión tienen, hoy por hoy, un valor en venta superior al duplo del de las fincas rústicas similares en la zona, teniendo este valor fundamento ajeno a su destino agrícola y por estar dentro de un plan urbanístico, por lo que debe tener total vigencia el artículo 7 LAR. La prueba pericial debe ser valorada libremente por el Juez, de acuerdo con la sana crítica, por lo que no puede ser atacada en casación, puesto que no constan en norma legal alguna que pueda ser invocada en casación, salvo que diera lugar a una situación absurda, ilegal y contradictoria en sí misma.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—DEBE PREDOMINAR EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEGUN EL CUAL SE HA DE SEGUIR EL CRITERIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DEL ARTICULO 2 DEL CODIGO CIVIL, NO SIENDO APLICABLE LA LEY DE 1992. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. El Tribunal Constitucional resolvió, en recurso de amparo, la contradicción existente entre los diversos recursos de casación interpuestos para fijar el precio de adquisición de las fincas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, debiéndose cumplir lo declarado por el Tribunal Constitucional. No pueden mantenerse en Derecho posturas inamovibles ni pretender hallarse siempre en posesión de la verdad. El criterio de la Sección que conoció y resolvió el recurso de casación en 27 de abril de 1999, mantuvo que era retroactiva la aplicación de una norma vigente al tiempo de hacer la valoración, pese a no ser todavía vigente cuando se inicia el proceso. Sin embargo la sentencia de la misma Sala de otra fecha mantuvo que sí era de aplicación retroactiva y casaron las sentencias de instancia. Ante ello, dos posturas defendibles hay que seguirle que ha mantenido una larga serie de sentencias de la misma Sala, estimando el motivo quinto y defendiendo la irretroactividad de la Ley de 1992, que no estaba vigente en el momento de interposición de la demanda que originó el pleito, fijándose el precio en la forma mantenida en las sentencias mencionadas de esta Sala.

Arrendamientos urbanos

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—ES CORRECTA LA APLICACION DE LA LEC SOBRE DESAHUCIO, YA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 7 de Badajoz estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. Es correcta la aplicación de las normas sobre el desahucio de la LEC, ya que se trata de arrendamiento sujeto a las normas del Código Civil por estar excluido de la legislación especial. Tampoco se puede admitir la tácita reconducción, ya que no se había hecho el requerimiento dentro del plazo legal, diciendo que el contrato vencía el 30 de abril de 1995, siendo así que se deduce claramente de las pruebas realizadas, que las partes habían convenido que los contratos finalizarían el 31 de julio de 1995, aunque anteriormente se había fijado una duración de diez años, incurriendo en el defecto de petición de principio, haciendo supuesto de la cuestión.

RETRACTO.—NO EXISTE CUANDO SE TRATA DE LA TRANSMISION DE LA NUDA PROPIEDAD CON ASUNCION POR PARTE DEL NUDO PROPIETARIO DE LA OBLIGACION DE VIVIR EN COMPAÑIA DE LA USUFRUCTUARIA, YA QUE NO EXISTE EL PRECIO CIERTO Y DETERMINADO QUE EXIGEN TANTO EL CODIGO CIVIL COMO LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ubeda estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. Fallecida la usufructuaria del local, la nuda propietaria requiere a los arrendatarios para que le entregaran el local arrendado, pretendiendo el retracto los arrendatarios. Hay que tener en cuenta que la LAU se refiere a «venta de vivienda», «compraventa», «vivienda vendida», en su artículo 25, y en el 47 se habla también de venta, diciendo que se ha de consignar en la escritura el precio señalado a cada vivienda. En el Código Civil, el artículo 1.521 se refiere a «compra o dación del pago», de todo ello se deduce que para la existencia de retracto ha de existir un precio cierto y determinado en dinero. Por ello no puede aceptarse que se pretenda por los arrendatarios un retracto legal frente al contrato celebrado por los demandados con su pariente, en que ésta transmite a la recurrente la nuda propiedad con asunción por parte de la cesionaria de la obligación de vivir en compañía de su tía, cuidándola y prestándole alimentos, con la extensión del artículo 142 del Código Civil, constituyendo un contrato aleatorio en el que muchas de las obligaciones asumidas son personalísimas y no son valorables cuantitativamente que se han impuesto *intuitu personae*. Tampoco se cumple que los retrayentes sean ocupantes del total de la casa a retraer. Cuando el arrendador enajenó una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada, no resulta posible el derecho de retracto, lo que se recoge en reiterada jurisprudencia de esta Sala. Si la venta es de la totalidad del inmueble y el recurrente sólo ocupa un piso o local, no procede el retracto.

SUBROGACION DEL INQUILINATO.—HAY QUE DISTINGUIR ENTRE EL DERECHO DE SUBROGACION, QUE NO ES DERECHO HEREDITARIO SINO UN BENEFICIO SUCESORIO Y LA EFECTIVA SUBROGACION EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: UNA VEZ EJERCITADO EL DERECHO DE SUBROGACION, EL NUEVO CONTRATO SE SUJETA A LAS DISPOSICIONES DEL REGIMEN DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado número 24 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida, en el derecho de arrendamiento constituido por el padre se subrogó a su muerte su esposa y, al fallecimiento de ésta, su hijo, por lo que los derechos dimanantes de tal subrogación correspondían a aquél, puesto que era el único que podía continuar ocupando la vivienda, conservando tal naturaleza la compensación económica percibida por la resolución del arrendamiento, cantidad que invierten en la adquisición de un piso que tendrá carácter privativo. El derecho de subrogación no es derecho hereditario porque, en tal caso, la ley no podría disponer a favor de uno de los herederos, ni excluir de su derecho al cónyuge que no convivió, sino que había de atenerse al régimen de la herencia, sin que tenga facultad de disponer el causante. Pero, en realidad, hay que distinguir entre el derecho de subrogación y la efectiva subrogación en el contrato que genera un nuevo contrato. El derecho de subrogación es un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razón de interés social y no es derecho hereditario, siendo un derecho que nace y se agota con su ejercicio, de modo que no es susceptible de valoración económica con independencia de las ventajas que producen la posibilidad de obtener un arrendamiento de vivienda con renta baja. Una vez ejercitado el derecho de subrogación, el contrato se sujeta a la disciplina del régimen de gananciales, sin que pueda calificarse como adquisición a título gratuito, puesto que origina una contraprestación onerosa. El derecho de arrendamiento se adquiere en el momento en el que se convierte un contrato *ex novo* por subrogación, adquiriéndose a costa de los bienes comunes, tanto más cuanto que se trata de arrendamiento de vivienda, cuyos gastos son imputables al sostenimiento de la familia. Tal posición es acorde con la Ley de 1994, que determina que el desistimiento del contrato es un derecho que corresponde a ambos cónyuges. La referida norma es aplicable en el caso, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Transitoria 2.ª de la misma Ley (Contrato de vivienda celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985). Los arrendamientos, celebrados antes de esa fecha, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continúan rigiéndose por las normas de la LAU de 1964 y serán aplicables a estos contratos, entre otros, el artículo 12 de la presente Ley.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. FUNDACION. CAPACIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2001.)

La fundación testamentaria tiene capacidad para suceder antes de su constitución formal.

La testadora nombró heredera de determinados bienes, entre los que se encuentra la vivienda objeto de la litis, a la fundación piadosa instituida en

su testamento con el nombre de «Cerrada y Cao», la cual no se constituyó formalmente hasta algunos años después del fallecimiento de la testadora, durante cuyo tiempo estuvieron poseyendo la vivienda la hija de la testadora, a quien dejó el usufructo, y luego las nietas de ésta, carentes del título de su madre. Una vez construida canónicamente la Fundación, se adjudicó la vivienda a ésta por los albaceas.

El Abogado del Estado, en representación del Patrimonio del Estado, reivindica la vivienda como bien vacante, alegando que la fundación carecía de capacidad sucesoria. Por su parte, las hijas de la usufructuaria, nietas de la testadora, alegan que han adquirido la propiedad de la vivienda por usucapción, como poseedoras durante un período de tiempo de cincuenta años de buena fe y con justo título. Ambas pretensiones son desestimadas por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 35 de Madrid, y por la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de esta capital, declarando el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, no haber lugar al recurso de casación, pues el heredero final, en condición de titular dominical, es la Fundación, al ostentar dicha cualidad de heredero desde el momento del fallecimiento de la causante, aunque formalmente no estuviera constituida, pero sí *instituida* por la testadora, que la nominó y designó los bienes con los que pudiera desarrollar los cometidos encomendados.

El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la Fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 del Código Civil les reconoce capacidad para adquirir por testamento. Su constitución canónica y civil opera a los efectos de consolidar legalmente la personalidad con la que las dotó institucionalmente la testadora y de este modo poder llevar a cabo actos, con dotación de capacidad plena y, en este orden, una vez asistida la Fundación Cao Cerrado, de las formalidades legales que la hacían operativa en el tráfico jurídico es cuando pudo manifestar su decisión de aceptar expresamente la herencia, lo que tuvo lugar por medio de la escritura de 27 de abril de 1990, con anterioridad a que el Estado promoviese la demanda reivindicatoria que creó el pleito, jugando desde entonces su decisión de consolidarse como heredera, con la toma de la posesión del bien, lo que autoriza el artículo 993 del Código Civil, o la voluntad contraria de no hacerse cargo del mismo y no ser tenida como heredera, a efectos del cómputo del plazo prescriptivo.

El motivo se rechaza y lo que se deja expuesto pone de manifiesto que la casa litigiosa no se la puede reputar bien patrimonial vacante, sin dueño conocido, ya que éste resulta identificado y de la legítima pertenencia a la Fundación, que dispuso de la misma a título de dueño, al haber enajenado parte de las divisiones por consecuencia de la escritura de propiedad horizontal otorgada.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2001.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que revocó la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Gijón, conforme a los siguientes fundamentos:

En el segundo motivo se aporta infracción de los artículos 662, 663-2, 666 y 695, en relación al 200 y 6-3, todos ellos del Código Civil, para lo que se busca apoyo en la sentencia del Juzgado, que estimó las pretensiones de las recurrentes.

Los hechos probados que acceden firmes vienen a ser: *a)* Don Aurelio Solar González ingresó en el Hospital de Cabueñas (Gijón), el 22 de junio de 1989, procedente del Hospital de Jove, para ser tratado de carcinoma renal; *b)* Con fecha 10 de agosto de 1989 fue trasladado al domicilio de la demandada, doña Honorina Álvarez Suárez, en estado terminal; *c)* El 14 de agosto de 1989, siendo de estado soltero, otorgó testamento en el domicilio referido, instituyendo heredera única y universal a la demandada, y *d)* El día 18 de agosto de 1989 falleció el causante de referencia, siendo la causa del óbito paro cardíaco-carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en psiquiatría, sino en medicina interna, el que no examinó directa y personalmente al testador, ya que la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo y más bien resulta explicativa de los informes y datos suministrados por los hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento y así el perito no informa propiamente sino que «sospecha» que a los cuatro días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, sin descartar que «tuviera algún momento de mayor lucidez» y también *supone* que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica empeorase, con mayor acúmulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica con obnubilación progresiva, estupor y muerte».

La sentencia recurrida sienta la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, que ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio, y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 (sentencia de 19-9-1998), es decir, no sólo a aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficiente y concluyentemente acreditada (sentencias de 26-9-1988; 22-6 y 26-12-1992; 10-2 y 8-6-1994; 27-11-1995 y 18-5-1998), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento conforme al mandato del artículo 666.

La insania mental, dice la sentencia de 8-6-1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios. Los preceptos 662, 666-2.º y 666 no resultan infringidos.

En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (sentencias de 23 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1998), pudiendo, al conformar presunción *iuris tantum*, ser combatida por prueba suficiente y eficiente (sentencia de 19 de septiembre de 1998, que cita las de 26-9-1988, 13-13-1990, 24-7-1995 y 27-11-1995); pruebas, que siendo de cuenta de las demandantes, no han aportado a los autos, llevando a cabo valoración propia e interesada, tanto de la prueba pericial como de la documental hospitalaria y de la testifical, lo que no procede al no haberse alegado en el motivo error de derecho, con cita obligada del precepto que lo apoye, según reiterada y conocida doctrina jurisprudencial.

El motivo se desestima.

El último motivo contiene infracción del artículo 695 en relación al 687 y 6-3 del Código Civil, sosteniendo que procedía ser declarado nulo el testamento controvertido, otorgado el 14 de agosto de 1989 y decretar la validez del anterior, de fecha 7 de marzo de 1985, en el que aparecen las recurrentes, sobrinas del testador, instituidas sus herederas únicas y universales por partes iguales.

La nulidad radical del testamento, que establece el referido artículo 687, exige que no se hayan observado las formalidades establecidas por el Código, actuando el artículo como regla general que impone tener en cuenta las reglas específicas de cada testamento para poder ser tenido instrumento transmisor de la última voluntad del causante, dotado de la necesaria eficacia jurídica.

La denuncia casacional de las recurrentes se refiere a que en el testamento discutido en el pleito hay dudas si lo firmó o no el otorgante, para lo que se apoya en la sentencia del Juzgado.

Dichas dudas no son tales y baste tener a la vista el documento en el que el Notario hace constar bien claramente en el cuerpo del clausulado que el otorgante no firma «por manifestar que aunque sabe no puede hacerlo debido a su enfermedad que le aqueja, por lo que firma por él y a su ruego, a la vez que lo hace por sí, el primero de los testigos, de lo que doy fe».

Tal manifestación notarial no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que al final del documento se haga constar: «Siguen las firmas de don Avelino Solar González» y la de los testigos, ya que, evidentemente, y resulta fácil de entender, se está refiriendo a la firma que estampó el testigo instrumental por el otorgante, conforme autoriza el artículo 695 del Código Civil, vigente al tiempo de los hechos.

Comentario.—Reitera esta sentencia la doctrina jurisprudencial, según la cual la capacidad del testador afirmada por el Notario constituye una presunción *iuris tantum* que precisa ser combatida por prueba suficiente y eficiente, esto es, concluyente, sin que, a su vez, pueda desvirtuarse por presunciones e informes más o menos técnicos carentes de la necesaria presunción y rotundidad.

ALBACEAZGO. SUSTITUCION EJEMPLAR. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2001.)

El albacea y contador-partidor, nombrado con carácter universal por ambos cónyuges, está facultado para liquidar la sociedad de gananciales.

Basta que la declaración de incapacidad sea anterior a la efectividad de la sustitución.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Primero.—Para entender el actual recurso es preciso hacer constar que don Victoriano Gómez Fernández demanda a su hermano, don Fernando Gómez Fernández, así como también a sus hermanos incapaces, don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, en la persona de su tutor, y a los también Contadores-Partidores, don Valentín Martín Herrero y don Pedro Cuesta Ruiz, así como también a su hermano don Gregorio Gómez Fernández, hoy fallecido, solicitando, entre otras, que se declare que las operaciones particionales que se llevaron a cabo en su día como consecuencia del fallecimiento de sus padres, son nulas, y asimismo que las sustituciones ejemplares realizadas en su día por sus padres, en cuanto a los herederos y hermanos de mi representado don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, son ineficaces e inexistentes en derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-5 (*sic*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sin duda ha querido decir apartado 4 y así se considerará para los otros motivos—, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se han infringido los artículos 904 y 905 del Código Civil.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, y acertadamente en la sentencia recurrida se dice que el actor, ahora recurrente, no ha probado como le incumbía, cuál era la fecha en el que se solicitó, en el acto de jurisdicción voluntaria correspondiente, la prórroga que puede conceder el Juez para continuar las funciones propias del albaceazgo. Pues como es lógico, la prórroga judicial deberá solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período de tiempo inicial o, en su caso, de la primera o anteriores prórrogas.

En resumen, que el período a contar se deberá iniciar a partir del momento de la petición de prórroga del albaceazgo, y esa es la data inicial para ver si ha caducado o no el plazo para ejercer —en el presente caso— las funciones de albaceazgo en su faceta de contador-partidor.

Segundo.—El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1.692-4, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 776 del Código Civil.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su precedente.

La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que una persona por incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente.

Ello no es admisible, y así la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1956, especifica de una manera muy concreta que «la declaración de incapacidad

del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad».

Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932), que no se encontraba dentro de una lógica actual.

En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1979 y 15 de mayo de 1985, sobre todo cuando aquélla es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso.

Tercero.—El tercer y último motivo está basado por la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 1.392 del Código Civil.

También este último motivo debe ser desestimado.

Este motivo carece absolutamente de fundamento, desde el instante mismo en que se ha desestimado el primer motivo.

Pero es que, además, en el presente caso ambos cónyuges, en sus respectivos testamentos, nombran un mismo albacea-partidor, con carácter universal, facultándolo de la más amplia forma y manera para partir la herencia, y de una manera obvia y en absoluta lógica, dentro de tales atribuciones, se debe encontrar la liquidación, por sí solo, de la sociedad de gananciales, constituida por ambos esposos, y así se constata en la disposición testamentaria que dice «que se faculta al albacea a realizar todo aquello que podría hacer por sí mismo la testadora».

Comentario.—Resulta evidente que viviendo uno de los cónyuges, el sobreviviente puede, con el albacea y contador partidor, liquidar la sociedad de gananciales sin precisar la intervención de los demás sucesores. Por lo mismo, fallecidos ambos cónyuges, el albacea y contador partidor común o los nombrados por cada uno de los cónyuges, pueden efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo e indispensable para la partición.

Frente a la estricta exigencia de la previa declaración de incapacidad al testamento, el criterio más abierto, con apoyo en que el artículo 776 no exige expresamente que tal declaración sea anterior al testamento, se contenta con que la misma preceda a la efectividad de la sustitución. Ahora bien, ¿qué se entiende por *efectividad* de la sustitución? Una opinión sería la de que hay que atender el fallecimiento del testador, que es cuando se hace efectivo el testamento, y por consiguiente la cláusula ordenando la sustitución. Otra, la de que basta con que la declaración sea anterior a las operaciones particionales, solución que parece aceptar la sentencia al manifestar «sobre todo cuando aquélla —la sustitución— es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso».

FIDEICOMISO DE RESIDUO. DISTINCION ENTRE EL «SI ALIQUID SUPERERIT» Y EL DE «SI DE EO QUOD SUPERERIT». (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes Fundamentos Jurídicos:

1.º) Es sabido que la naturaleza del llamado fideicomiso de residuo —intercalado en el testamento de la fiduciante antes transcrito de 14-11-84—, supone un encargo hereditario efectuado por la testadora a quien, como en el caso de autos, su esposo nombra heredero universal de todos sus bienes, «con facultad expresa de libre disposición tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*», añadiéndose que, «a la muerte de éste, los bienes de que éste no hubiera dispuesto recaerán en partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora —los hoy demandantes y recurrentes—; en consecuencia, es claro que se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con *si aliquid supererit*, esto es, con el efecto transmisivo de «si algo queda», en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo, *de eo quod supererit* o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad de fideicomisarios sobre «de aquello que debe quedar». El mandato, pues, de aquel testamento, en el que el fiduciante actúa como árbitro del devenir sucesorio de sus bienes, determina el posibilitismo transmisivo del fiduciario, y que, en el caso de autos, gozaba de un amplio poder dispositivo, no sólo por acto *inter vivos* sino *mortis causa*, y, como tal, luego otorga su testamento en 28-12-1994, instituyendo herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a favor de sus hermanas, disposición, pues, que está amparada en aquella autorización amplísima que, como afirma la jurisprudencia, mientras que la atinente a actos *inter vivos* sí lo es a título gratuito —se tiene también que admitir aunque con reservas— cuando lo es *mortis causa* debe constar de forma expresa, como manifiesta en su deseo último el fiduciante —sentencias de 2-12-1966 y 21-11-1956, entre otras—. Y con la mejor doctrina, si bien, alguna sentencia habla de que en ese fideicomiso, de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad, ha de precisarse que en la especie del litigio «Si...» la misma sólo se refiere, no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto a su existencia o conjunto de bienes.

2.º) Es claro que en la disposición ulterior del heredero universal, además de fiduciario, en su testamento abierto de 28-12-94, actúa a tenor de lo autorizado por la fiduciante que le facultaba a esa disposición y que la concreta en citado acto de última voluntad comprensivo de la totalidad de su patrimonio relicto, a tenor del alcance amplio del testamento según el artículo 667 del Código Civil, sin que se comparta, como aspiran los motivos a que en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque sobre ambos tenía facultades plenas el *de cuius*, los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo *mortis causa* (supuesto como se debe amparado en el art. 783, *in fine*).

3.º) Si bien, es cierto que a la muerte del fiduciario éste no había dispuesto de los bienes del residuo, luego puedo hacer, como hizo, su disposición *mortis causa*, por estar expresamente autorizado por su esposa la fiduciante (M. 3.º).

4.º) El planteamiento en el Motivo Cuarto, de cuál era la real intención o voluntad de la testadora fiduciante, es una circunstancia, si bien, presumiblemente cierta en el campo de la conjetura, es irrelevante en cuanto que ella plasma su voluntad al autorizar solamente a su esposo —fiduciario— para disponer por completo de los bienes del residuo.

5.º) Por la misma argumentación no es atendible la denuncia del Motivo Quinto, sobre que «es clara la voluntad de la testadora de instituir heredero a su esposo para que, tras su muerte, sobre los bienes no dispuestos pasaran a ser propiedad de los recurrentes, porque la autorización referida es incontestable y porque esa alegación más que nada incide en la especie de residuo no acaecible en autos, esto es, el atinente a la regla de *eo quod supererit*, en cuyo caso la conservación del patrimonio deferido es una obligación básica para luego transmitirlo a los sucesivos llamados, al quedar, por ello, inhabilitada la disposición *mortis causa*, por lo que, con el rechazo de los Motivos, se desestima la demanda con los demás efectos derivados.

Comentario.—El testamento de doña P. V. H., fiduciante dispone: «Instituye heredero universal a su esposo don V. G. en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales entre los cuatro hermanos de la testadora (S., M., L., y R.) con sustitución vulgar igualmente en favor de sus descendientes respectivos y derecho de acrecer en su caso». Por su parte, el testamento del viudo establece: «Instituye herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia, a sus dos hermanas E. y J. V. G., por partes iguales entre ellas».

La pretensión por la parte recurrente, sobrinos de la testadora fiduciante, de que al disponer el fiduciario autorizado en el testamento de aquélla de todos sus bienes indiscriminadamente, sin aludir expresamente a los bienes objeto de la fiducia, tal disposición no comprenda estos bienes, no puede mantenerse y carece de sólida base, teniendo en cuenta la dicción literal del fiduciario en su testamento al decir «cualquiera que sea su... procedencia».

SUCESION TESTADA. LEGITIMAS. USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL. APLICACION DEL ARTICULO 820, NUMERO 3.º, DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La facultad alternativa del artículo 820, número 3.º, del Código Civil es aplicable aunque no se atribuya expresamente en el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Bilbao, conforme a los siguientes Fundamentos de Derecho:

El fallecido don Leandro Sanz Gayán había otorgado, con anterioridad a su muerte, testamento notarial abierto, en el que legó a su esposa doña Felisa Gil Gutiérrez, el usufructo universal de su herencia, y a los hijos comunes doña María del Carmen y don Javier, los instituyó herederos en la nuda propiedad de la misma herencia. Nombró albacea a su esposa por el plazo legal con prórroga de treinta años, y contadores-partidores a los abogados que denominaba.

Doña M.^a del Carmen Sanz Gil demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a su madre doña Felisa y a su hermano don Javier. Suplicaba en su demanda sustancialmente la declaración de su derecho a participar en la legítima sin gravamen ni carga alguna; en la mejora, con el gravamen del usufructo; en el tercio de libre disposición en pleno dominio, por no estimar aplicable el artículo 820.3.º del Código Civil, al no haber otorgado de modo expreso el testador la facultad de optar.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, confirmando su sentencia en grado de apelación la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto la actora el recurso de casación.

El único motivo del recurso acusa a la sentencia recurrida de aplicación indebida de los artículos 820.3.º y 813, párrafo 2.º, todos del Código Civil. De su extensa fundamentación se deduce sustancialmente que lo pretendido por la recurrente es dejar incólumes sus derechos legitimarios, «renunciando a lo sumo a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición», y que «en todo caso renunciará a su cuota de participación en la nuda propiedad de la porción de libre disposición». La exposición, más bien de naturaleza puramente doctrinal sobre la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en relación con los artículos citados como infringidos, termina con unas páginas dedicadas a exponer la pasividad del albacea y contador-partidor nombrados por la testadora, pasividad en el desempeño de sus cometidos que perjudica a la recurrente como coheredera.

El motivo se desestima, pues contiene una absoluta variación de *causa petendi* de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental, pues si se admitiera esa conducta, el litigio quedaría reducido a una única y definitiva instancia, precisamente ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la recurrente instó en su día la ineficacia de la cláusula testamentaria de atribución al cónyuge viudo del usufructo de toda la herencia por oponerse a la intangibilidad de su cuota hereditaria en virtud del artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil. Solicitaba por ello su participación en el tercio de legítima estricta sin ninguna carga, en el de mejora gravado con el usufructo legal en favor del cónyuge viudo y su participación con su hermano en pleno dominio en el tercio de libre disposición. Estimaba que el usufructo universal de su madre requería para su eficacia que el causante hubiese concedido de modo expreso a los legitimarios que habrían de soportar el gravamen de su legítima la facultad de optar por cumplir su disposición o ver reducida su participación en la herencia a lo que les correspondía por legítima. En suma, que la aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil exige concesión expresa de esa facultad, de lo contrario la cláusula, estableciendo el usufructo universal, era nula por infringir el artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil (folio 62 y 63 autos).

Ahora, en el recurso, la participación de la recurrente en el tercio de libre disposición desaparece, está dispuesta a que su parte en la nuda propiedad del mismo se considere renunciada con tal de recibir la legítima, tal y como dispone el citado artículo 813 del Código Civil, en suma, está optando por uno de los términos del dilema del artículo 820.3 del Código Civil (entrega al legatario de usufructo de la parte libre), y está admitiendo que este último precepto se aplica aunque no haya atribución expresa por el causante de la facultad de opción. Es claro que la recurrente ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia.

Así las cosas, esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, que altera de raíz el planteamiento de la controversia, ni combatir de oficio las declaraciones y fallos de aquellos órganos, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo, la cláusula, estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del artículo 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizarite, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla.

En este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. Como dice acertadamente la sentencia recurrida, «no se puede acceder a las pretensiones de la legitimaria demandante y aplicar de oficio la cautela sociniana que la propia demandante niega sea virtual en su propia demanda, entrañaría incongruencia con sus pretensiones».

Comentario.—La solución dada en este litigio parece que choca frontalmente con la literal expresión «los herederos forzosos podrán...», que implica el que todos los herederos forzosos estén de acuerdo. A falta de acuerdo unánime, habría que distinguir: Si en el testamento se expresa que de no consentir el usufructo universal viudal, recibirá el viudo la parte de libre disposición (con o sin la conminación de quedar reducido el hijo disconforme a su legítima corta), no cabe duda que habrá de acatarse tal disposición. En otro caso, ante el silencio del testador, parece algo discutible una solución idéntica a la anterior. Y, en última instancia, parece que tal usufructo universal no podrá afectar al hijo disconforme. Pudiera también cuestionarse si en tal supuesto queda sin efecto el usufructo del tercio de mejora (que ya estaba embebido en el universal), toda vez que el 820-3.º se contenta con atribuir el usufructo universal o simplemente la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, en este caso un tercio. Frente a ello cabe argumentar que el 820, aunque dentro de la sección que trata de las legítimas, no contempla expresamente el supuesto del cónyuge viudo, sino el establecido a favor de cualquier persona.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JUANA RUIZ JIMÉNEZ, LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DEL INEM CUANDO ACTUABA CON CARÁCTER PRIVATIVO. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.
(SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se interpone demanda en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia, número tres de Madrid, estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a), estimó en parte el recurso respecto de las costas procesales.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 28 de julio de 1989, fallece el hijo de la actora cuando instalaba un aparato de aire acondicionado en un edificio donde se encontraba ubicada una sede del Instituto Nacional de Empleo (INEM), siendo una actuación de carácter privado.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se interpone sobre la base de los siguientes motivos:

El primero por la infracción de los artículos 1 y 3.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, en relación con el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en relación también con el artículo 139 y concordantes de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El motivo se desestima porque, aunque la interposición de la demanda es posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, «...tiene absoluta vigencia lo dispuesto en el párrafo 1 de la Disposición Transitoria de esta Ley, que dice que a los pronunciamientos ya indicados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Y en este mismo sentido se pronuncia la Disposición Transitoria única del Reglamento de 4 de mayo de 1993, cuando afirma que los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ya iniciados antes de la entrada en vigor de este Reglamento, se regirán asimismo por la normativa precedente. Todo lo cual deja sin efecto aplicativo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 30/1992».

En el segundo motivo se considera que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, motivo que es también desestimado porque, como se desprende del texto de la sentencia, se dan los requisitos necesarios de la responsabilidad extracontractual, ya que «...Del *factum* de la sentencia recurrida y después de una *hermeneusis* lógica y racional, se desprende que en el mismo concurre una omisión negligente —no tener en perfecto estado la toma de tierra y el interruptor diferencial instalado en el circuito eléctrico afectado—; un daño —la muerte del electricista que estaba instalando un sistema de refrigeración en el edificio propio del INEM—; y la necesaria causalidad

entre ambos elementos —ya que si no hubiera habido tal deficiencia no hubiera acaecido tan fatal desenlace—. Con lo que se dan absolutamente todos los requisitos que la doctrina de esta Sala exige para la plena vigencia de la responsabilidad extracontractual que tipifica el artículo 1.902 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: MEDICOS Y PERSONAL SANITARIO. PRESCRIPCION DE ACCIONES. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por negligencia. El Juzgado de Primera Instancia, número dos de Toledo, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.^a) estimó el recurso de apelación presentado por el demandante, condenando a la demandada y al INSALUD solidariamente al pago de 12.730.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—El demandante fue intervenido quirúrgicamente de un tumor maligno el 29 de mayo de 1991. Como consecuencia de la operación y por prescripción médica se le tenía que administrar un tratamiento que entra en el campo de la quimioterapia. De suministrar dicho tratamiento se encargó la demandada, ya que tenía que ser administrado en vena y la duración era de unas tres horas. Por las características especiales del tratamiento, éste tenía que ser supervisado por la enfermera, necesitando por tanto una vigilancia cuasi-permanente, pues en estos tratamientos se pueden producir lesiones graves si se extravasa el líquido —como así ocurrió—, hecho que debía conocer la demandada por su condición de ATS.

Sin embargo, la enfermera pasó a atender a otros pacientes y sólo acudió a vigilar al hoy demandante al ser reclamada por la familia al observar que se le hinchaba la mano y sentía picor. Tras ser dado de alta, el paciente tuvo que ser ingresado en dos ocasiones por diversas necrosis de los tejidos y tendones de las manos, hasta el extremo que al actor le fue concedida la invalidez permanente.

Doctrina.—En el recurso de casación interpuesto por la codemandada, se alegan dos motivos: el primero por prescripción de la acción a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.968-2 del Código Civil, y el segundo por infracción del artículo 1.902 del citado Cuerpo Legal.

Ambos son rechazados, el primero con el siguiente argumento, al declarar que «*Dicha tesis no puede ser tenida en cuenta desde el instante mismo que las lesiones padecidas por la parte actora se concretaron con todas sus secuelas, el 22 de enero de 1993, fecha en que se declara por organismo oficial la incapacidad laboral (...) Y así se concreta en jurisprudencia pacífica y consolidada de esta Sala, cuando la misma dictamina que el día inicial debe estar marcado por el día en el que se supo exactamente las repercusiones definitivas de las lesiones padecidas*». Este hecho tuvo lugar, como se desprende de los hechos de la demanda, en febrero de 1993, y la demanda se presentó en junio del mismo año, por lo que está dentro del plazo de un año que señala el artículo 1.968-2 del Código Civil.

El segundo motivo también es rechazado y considera la Sala que ha existido responsabilidad por la actuación negligente de la demandada, toda vez que *«es preciso proclamar la existencia de dicha negligencia, que está fuera de toda lex artis, y que supone una culpa incontestable que ha quedado plenamente constatada y que ha provocado directamente unas graves lesiones»*.

El segundo recurso presentado por el INSALUD, sobre la base de la infracción del artículo 1.903 del Código Civil, también es desestimado, ya que *«es conocida la doctrina jurisprudencial reiterada en numerosas sentencias que determina que cuando la demanda por negligencia sanitaria se dirige contra una entidad especializada, se establece una responsabilidad prácticamente objetiva, siempre que quede acreditada la culpa de algún profesional sanitario dependiente de la misma; lo que desemboca en la tesis de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales” o de “defectuoso funcionamiento”, por todo lo cual se debe declarar la responsabilidad del centro sanitario —en este caso el Insalud— y que supone una perfecta aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, cuando establece la responsabilidad civil del empresario»*.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por el fallecimiento del hijo de los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia, número uno de Alcalá la Real, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.^a), revoca en parte la sentencia y condena a la entidad demandada al pago de 8.000.000 de pesetas.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se produce el fallecimiento del hijo de los actores cuando estaba limpiando una máquina de clase «tornillo-sinfín» de transporte, produciéndose el desplome de la misma y alcanzando a la víctima que trabajaba como obrero de la empresa; se demostró que la máquina estaba basculada en sentido contrario y por lo tanto forzada respecto de su posición normal.

Doctrina.—El único motivo del recurso de casación alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil. Antes de entrar en el análisis de los hechos y motivo del recurso, la Sala Primera del Tribunal Supremo hace un repaso sobre el contenido y la evolución del citado artículo al afirmar: *«Ante todo hay que decir que el artículo 1.902 del Código Civil, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —también “aquiliana”— (...) figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inver-*

*sión de la carga de la prueba. Pero es más dicha atenuación culpabilista e incluso de antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la culpa in vigilando y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible». Se quiere poner de manifiesto que se ha ido evolucionando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hacia una objetivación de la responsabilidad, sobre todo porque ha habido que ir adecuando la norma a la sociedad del riesgo en la que vivimos, lo que no implica que se haya abandonado el criterio subjetivista, sino que se ha ido adaptando y objetivando en su aplicación. Así se pone de manifiesto en el contenido de las Leyes que regulan los distintos supuestos de responsabilidad dentro de la denominada *doctrina del riesgo*. Así, la Ley de 21 de julio de 1960, de la Navegación Aérea, o la Ley de 29 de abril de 1964, de Energía Nuclear.*

A pesar de ello, establece la Sala que se tienen que dar los requisitos necesarios para considerar que existe responsabilidad extracontractual, cuando afirma que «...*toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y también pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daños ha habido culpa, y d) un nexo causal entre el primer y segundo requisitos*». Requisitos que se ajustan perfectamente al caso enjuiciado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INEXISTENCIA DE CULPA. CASO FORTUITO. INAPLICACION DE LA DOCTRINA DEL RIESGO. (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por los daños causados como consecuencia de un incendio en estación ferroviaria.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuatro de San Sebastián, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2.^a) confirmó el fallo del Juzgado de Instancia.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se produjo un incendio en una estación de RENFE. El incendio fue provocado por la caída de un cable de alta tensión que cayó sobre las instalaciones de la estación, que se produjo por la sobrecarga en los árboles debido a las nevadas y heladas que habían tenido lugar en la provincia de Guipúzcoa.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC de 1889, alegando dos motivos. El primero de ellos infracción del artículo 1.105 del Código Civil, y el segundo la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del mismo Cuerpo legal.

En el primero de los motivos afirma la parte recurrente que no se está en presencia de un caso fortuito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.105 del Código Civil, el Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que sí se puede calificar como caso fortuito, como así hace el Tribunal de Instancia

«...en cuanto que pueden ser previsibles accidentes de esta clase, y para su evitación se establece, en los terrenos de monte, una franja de seguridad consistente en el desmonte de las zonas próximas a la línea, que no consta que fuera incumplido por la entidad demandada, pero que en todo caso el cumplimiento de esta medida de seguridad haría el accidente en inevitable porque en este supuesto la fracción del árbol procedía de una unidad o pie situado en lugar alejado de esa franja, hecho este que hace inevitable el accidente y, por consiguiente, hay que estimarlo comprendido en el artículo 1.105 del Código Civil, y por tanto no se puede imputar los resultados dañosos a la propiedad de la línea, ya que los mismos, en forma alguna, han dependido de su voluntad negligente o culposa como pretende en este motivo la parte recurrente».

En el segundo motivo se consideran infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por no haber sido aplicados los mismos al caso además de la jurisprudencia de la Sala, que proclama que el mero cumplimiento de normas de carácter administrativo no exonera de la responsabilidad cuando son insuficientes. Es desestimado el motivo porque entiende la Sala *«que el accidente se ha producido con independencia de la conducta diligente de la empresa propietaria, debido a la confluencia, como se dice en la sentencia recurrida en el párrafo último in fine de su Fundamento de Derecho segundo, de factores extraordinarios de cuya incidencia devino el resultado en inevitable, al no existir medida preventiva alguna que pudiera adoptarse en un supuesto semejante».*

Se plantea además la aplicación de la doctrina del riesgo invocando la sentencia de la Sala de 20 de enero de 1992, por lo que ha de aplicarse un criterio de responsabilidad objetiva a un supuesto de alto riesgo como es el transporte de energía eléctrica. Se considera por la Sala que no *«se dan los elementos fácticos contemplados en la Resolución citada, en cuanto que el daño se ha ocasionado a una entidad industrial primordialmente beneficiaria de esa energía para la explotación de su lucrativo negocio, es decir, que el transporte se hace en provecho de la propia entidad que resultó perjudicada, en cuanto que en esa zona, el transporte ferroviario de mercancías y viajeros se hace mediante el empleo de esa energía como fuerza motriz, por tanto el riesgo se crea en beneficio de ambas entidades litigantes».*

Comentario.—Es cierto que al no haber una regulación en los escasos artículos que el Código Civil dedica a la responsabilidad extracontractual sobre caso fortuito y fuerza mayor, se aplica lo previsto en el artículo 1.105, es decir, se exonera de responsabilidad ante un suceso que no haya podido preverse, o que, previsto fuera inevitable. Pero, como afirma el profesor Lasarte: «la consideración del artículo 1.105, a efectos de la calificación o caracterización del caso fortuito, por parte de la jurisprudencia no significa, sin embargo, una especial predisposición por parte del TS a excluir la relación de causalidad o establecer la falta de culpa del sujeto tendencialmente responsable (...). No es extraño, pues normalmente los pretendidos casos fortuitos alegados por los litigantes suelen ser eventos previsibles que no habrían originado daño alguno a tercero en caso de que el sujeto responsable hubiera demostrado la debida diligencia».

Por otro lado, el hecho de que la empresa ferroviaria se beneficie de los servicios de la Compañía Eléctrica, en mi opinión no debería ser un supuesto de exoneración de responsabilidad, como manifiesta el Tribunal Supremo, si atendiésemos a esto todos los beneficiarios de servicios como tales serían

causa de exoneración de la responsabilidad. La Compañía Eléctrica debe prever las consecuencias y debe actuar poniendo las medidas de seguridad suficientes ante cualquier inclemencia del tiempo de carácter habitual, como es una nevada en esa zona.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: NO PROCEDE. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Se formula demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por los daños causados como consecuencia de un incendio en estación ferroviaria.

El Juzgado de Primera Instancia, número sesenta de Madrid, estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) revocó el fallo del Juzgado de Instancia, desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se produce el atropello de una menor por un tren cuando ésta cruzaba por el paso a nivel, estando en ese momento la semibarrera bajada y en pleno funcionamiento los dispositivos de aviso y seguridad impuestos por la legislación vigente.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en dos motivos, el segundo de ellos por inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil. El motivo es desestimado, manifestando que «...es preciso determinar que la responsabilidad por riesgo, si así pudiera estimar por la existencia de un paso a nivel reglamentario, desaparece cuando el resultado lesivo se hubiera producido por descuido, yerro, omisión o falta de diligencia suficiente de la víctima. Doctrina aplicada expresamente en la sentencia de esta Sala, de 22 de septiembre de 1997, que recoge un suceso prácticamente igual al ahora contemplado».

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. LESIONES SUFRIDAS EN FESTEJO TAURINO. LA ATRIBUCION DEL ACCIDENTE ES ATRIBUIBLE EXCLUSIVAMENTE A QUIENES CREARON EL RIESGO. RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Teófilo Ortega Torres.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuatro de Avila, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, estimó parcialmente la demanda sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana interpuesta en nombre y representación de don Rafael M. F., contra don David de S. V. M. (empresario taurino), don Nicolás M.-G. (propietario de las reses) y el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Pinares para que, conjunta y solidariamente, abonen al actor la cantidad de 6.768.290 pesetas, que devengará los intereses establecidos en

la LEC desde la presente resolución a su completo pago, absolviendo a Nicolás M. G. de las pretensiones contra él deducidas, sin hacer expresa imposición de costas.

Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, y la Audiencia Provincial de Avila, en sentencia de 3 de octubre de 1996, estimó parcialmente ambos recursos, revocando parcialmente la sentencia dictada el 13 de noviembre de 1995, en el sentido de reducir la indemnización a la suma de 3.384.145 pesetas, confirmando el resto de los pronunciamientos, sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales en ambas instancias.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por don Rafael M. F., sustituyendo la cantidad que debe abonarse al recurrente por la suma de 6.768.290 pesetas, manteniendo en todo lo demás la sentencia impugnada.

Hechos.—En la localidad de San Bartolomé de Pinares, con ocasión de celebrarse las fiestas patronales, se organizaron como venía siendo tradicional, dos becerradas y dos novilladas. Al ser trasladadas las reses bravas a una plaza portátil instalada por el Ayuntamiento por el medio del pueblo, se desmandaron dos de ellas, y al tratar de sujetarlas el actor, con ánimo de impedir la causación de males mayores al numeroso público circulante, sufrió una embestida, consecuencia de la cual cayó al suelo, lo que le produjo graves lesiones.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación interpuesto por el actor se funda en un solo motivo al amparo del número 5.º del artículo 1.692 LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Como norma infringida ha de citarse el artículo 1.902 del Código Civil, regulador de la culpa extracontractual.

La sentencia impugnada se funda esencialmente en que el demandante, al darse cuenta de que se había desmandado un cabestro, trató de recogerle para evitar un peligro público, adoptando una postura de solidaridad y prevención del riesgo en general, pero que incide directa y voluntariamente en la cadena causal, al intentar retener al animal, esa interferencia causal produce una concurrencia de culpas, de la que deriva una disminución de la cantidad indemnizatoria, argumentación a la que se opone el recurrente alegando que la Audiencia hace un reconocimiento de solidaridad, si bien lejos de premiar tal comportamiento, la Sala lo que hace es condenarlo, reduciendo la indemnización al 50 por 100, y que el actor asume un riesgo para evitar un riesgo mayor, ya que el hecho de que el ganado se desmandara tenía virtualidad suficiente para que se derivase una conducta lesiva, y si no hubiera intervenido el recurrente el cabestro hubiera cogido a una o varias personas, su actuación lo único que hizo fue desviar el resultado lesivo hacia su persona, evitando males ajenos y mayores.

El motivo se acoge ...al entender la Sala *«que le asiste la razón al recurrente, por cuanto: a) Ha de valorarse, en primer lugar, la evidente desproporción que se aprecia, desde la perspectiva de la causalidad, entre el acto antecedente del resultado dañoso y su origen, por una parte, y la intervención del señor M. para evitar las graves consecuencias, perfectamente previsibles, para las personas que se encontraban en lugares por donde habían de transitar los animales; b) Aquel acto antecedente (la orden de traslado creadora de un grave riesgo) ofrece virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia lógica el daño*

causado y excluye la imputación a quien, en definitiva, padeció las consecuencias del mismo, no ofreciendo duda que la situación fue provocada por el acto inicial; c) Respecto a la conducta del señor M., debe decirse que, si bien dio lugar a que él mismo fuera el lesionado, pues pudo eludir su intervención, no elimina que la producción del accidente sea atribuible exclusivamente a quienes crearon el riesgo, ya que sólo influyó ante la elevada probabilidad de que algunas personas fueran dañadas en la determinación del sujeto pasivo de la acción inicial; d) Aunque ha de reconocerse que la concurrencia de causas en la producción del daño permite una distribución proporcional —a efectos indemnizatorios—, en este sentido se refiere la sentencia impugnada a la “concurrencia de culpas”, sucede que, en este caso, la gran intensidad y relieve de la conducta de los agentes iniciales absorben cualquier otra concurrente, aunque sea más inmediata a la producción del daño, y e) Es inadmisibles la tesis de que quien encomiablemente y con riesgo personal trata de evitar graves consecuencias del hecho inicial, se sitúe en peor posición para ser indemnizado que cualquier otra persona que hubiera podido resultar lesionada con un alto grado de probabilidad».

Notas.—Otra vez más se producen graves lesiones con ocasión de un festejo taurino. En este caso, sin embargo, se dan unas peculiaridades que conviene destacar, si bien antes haremos un breve recordatorio sobre algunas sentencias que se han dictado con ocasión de este tipo de festejos. Existe un grupo de sentencias que establece la responsabilidad por riesgo cuando se han producido accidentes en los festejos de suelta de vaquillas, pese a que las personas hayan asumido el riesgo de participar en las fiestas (como, por ejemplo, en las sentencias de 8 de noviembre de 1990, 31 de diciembre de 1996), si bien es verdad que alguna sentencia se ha pronunciado en sentido contrario estableciendo que no hay responsabilidad por riesgo cuando la persona asume el riesgo y participa voluntariamente en este tipo de espectáculos.

Otras veces los accidentes se han producido al ser trasladadas las reses bravas dentro de la población, resultando perjudicadas personas que no han querido asumir ningún riesgo, simplemente eran vecinos de la localidad que desafortunadamente pasaban cuando las reses se han desmandado. En estos casos se ha considerado que tanto los Ayuntamientos como los organizadores asumían un riesgo y ha parecido razonable que soporten los perjuicios, pues han producido ellos la situación de peligro, al considerar que no es justo que quien no ha provocado el riesgo sufra el perjuicio (como, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1984, o la de 17 de mayo de 1994 y 3 de febrero de 1995).

El caso del que trata la sentencia también discurre al ser trasladadas las reses por el medio del pueblo lo que, evidentemente, es una acción que produce un riesgo y además esta acción produce graves daños al actor, pero se da una particularidad que incide en el nexo causal al producirse una interferencia en la cadena cuando interviene el actor para evitar un daño mayor, intentando coger las reses que se habían desmandado. Al asumir el actor ese riesgo voluntariamente cabe plantearse si hay una concurrencia de culpas.

El Tribunal Supremo considera que la gran entidad de la conducta de los agentes iniciales (el Ayuntamiento y los organizadores) absorben cualquier otra concurrente, aunque sea más inmediata en la producción del daño, y excluye la imputación a quien, en definitiva, padeció las consecuencias del mismo, no ofreciendo dudas de que la situación fue provocada por el acto

inicial. La intervención del actor influyó —ante la elevada probabilidad de que algunas personas fueran dañadas— en la determinación del sujeto pasivo de la acción inicial.

Todo ello hace que resulte inadmisibile que el actor se situé en peor posición para ser indemnizado que cualquier otra persona que hubiera podido resultar lesionado con alto grado de probabilidad. Actúa aplicando un criterio de justicia material.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. EXONERACION DE LA CULPA DEL ANESTESISTA ANTE LA COMPLICACION OPERATORIA SURGIDA. RECHAZO DE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DAÑOS DERIVADOS DE LA ANESTESIA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco de Valladolid, en sentencia de 9 de febrero de 1996, estimó parcialmente la demanda por daños y perjuicios interpuesta por don Juan Carlos F. T., contra don Antonio M.^a R. C. (anestesista), el INSALUD y el Fénix Español, condenando solidariamente a los demandados a pagar al actor la cantidad de 3.500.000 pesetas, absolviendo a la demandada doña Antonia C. C. (cirujana). Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.^a) dictó sentencia con fecha 6 de junio de 1996, estimando los recursos de apelación interpuestos por don Antonio M.^a R. C., el INSALUD y la adhesión al mismo por el Fénix Español, y desestimando la adhesión efectuada por don Juan Carlos F. T. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocamos dicha sentencia y desestimamos la demanda formulada por don Juan Carlos F. T. contra doña Antonia C. C., don Antonio M.^a R. C., el INSALUD y el Fénix Español, absolviendo de la demanda y de todos sus pedimentos a los demandados sin hacer especial declaración de costas en ambas instancias.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Un paciente de veinte años es sometido a una septolastia el día 4 de julio de 1991 (intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal), durante la cual sufrió una hipoxia cerebral (falta momentánea de oxígeno), saliendo del quirófano en estado de coma profundo del que despertó al día siguiente. Siendo dado de alta el día 23 del mismo mes, su recuperación se prolongó hasta el mes de julio de 1994, incluyendo tratamiento por dos especialistas de neurología, después de lo cual sufre secuelas consistentes en una disminución de la capacidad de respuesta, desórdenes neurológicos episódicos con interferencia en la vida cotidiana y alteración en la utilización de la mano derecha.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se articula en dos motivos formulados al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LEC y fundados en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que interpreta, precepto que en el motivo primero se pone en relación con el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal.

Antes de entrar en el examen del recurso, el Tribunal Supremo hace dos puntualizaciones: primera, que pese a que se articula en dos motivos el recurso, se compone de uno sólo, ya que el segundo es un pedimento para el caso de que esta Sala, por estimar el motivo, asumiera la instancia en los términos prevenidos en el artículo 1.715-3 de la LEC, y segunda, que la obligación reparadora, no sólo de la aseguradora sino también del INSALUD, se hace depender de la del anestesista, ya no se dirige al INSALUD ningún reproche sobre el mal estado o defecto del funcionamiento del instrumental empleados en la operación quirúrgica, ni tampoco el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El juicio de esta Sala sobre la posible infracción del artículo 1.902 pasa por *«declarar el acierto de la sentencia impugnada al rechazar cualquier tendencia objetivadora, incluida la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad profesional del médico, pues tal rechazo es una constante en la jurisprudencia de esta Sala, bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva»*.

Procede la desestimación del recurso porque la sentencia impugnada en modo alguno ha infringido el artículo 1.902 del Código Civil al enjuiciar la actuación del médico anestesista, la sentencia declara probado que el anestesista demandado no pudo percibirse de la impermeabilidad de la sonda causada por la herniación del balón hasta que fue apercibido por los cirujanos, que el *«paciente estaba monitorizado, según los estándares normales, lo que dio lugar a que no saltaran las alarmas»*, ...que la obstrucción... podía pasar desapercibida, que por la índole de la intervención quirúrgica el anestesista no podía ver la cabeza del paciente, que la sonda había funcionado correctamente durante setenta minutos, siendo por tanto inadvertible cualquier posible defecto al comienzo de la intervención y, que una vez avisado por los cirujanos, el médico anestesista reaccionó de inmediato ejecutando la operación correcta en función de la complicación surgida, lo que determinó que las secuelas de la falta de oxígeno momentánea fueran de alcance mínimo.

Así las cosas, difícilmente puede apreciarse en el anestesista demandado culpa, pues si algo resulta evidente es que *tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión*. Ciertamente es que siempre cabe imaginar hipótesis de una posible detección del problema aún más temprana, como en general sucede con cualquier otra situación de riesgo, pero añadir a las precauciones normalizadas en un determinado ámbito otras más que sólo en pura hipótesis habrían podido evitar cualquier tipo de daño equivale en la práctica a desvirtuar el recto sentido del artículo 1.902 para, en definitiva, acabar transformándolo en un escueto y lacónico régimen de responsabilidad objetiva carente de los complementos que por regla general acompañan a las opciones legislativas por este tipo de régimen para determinados ámbitos, como pueden ser la concreción de supuestos, el límite de cuantías o el seguro obligatorio.

Notas.—En el presente caso se solicita la reparación del daño sufrido por el actor a consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal. La reclamación se centra en si la intervención del médico anestesista fue o no culposa, considerándose por el Tribunal Supremo que no existió culpa, ya que empleó las técnicas normales que se ajustan al patrón de conducta que normalmente es exigible en el ejercicio de

la profesión, por lo que sigue la doctrina constante de que la obligación del médico es una obligación en la que sólo se pueden garantizar las técnicas adecuadas, y en este caso el anestesista actuó correctamente para resolver la falta de oxigenación que se produjo en la intervención. Es decir, actuó de acuerdo a la *lex artis ad hoc*.

El anestesista cumplió con todos los requisitos que exige su actividad (evaluación preanestésica, perianestesia con presencia continua durante la intervención quirúrgica y permanente evaluación monitorizada y postanestesia mediante control del paciente en la unidad de recuperación).

Rechazándose la fundamentación de la sentencia apelada que condenaba al médico anestesista, aplicando erróneamente el principio de la inversión de la carga de la prueba, con lo que descarta la objetivación de la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad profesional del médico, bien es cierto que reconoce excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva.

Por otro lado, se puede afirmar que esta sentencia resulta especialmente interesante en cuanto se hace en ella un estudio de la jurisprudencia sobre daños derivados con la anestesia, así se recogen citando literalmente de las siguientes:

La sentencia de 4 de junio de 2001 (recurso 1071/96), que declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna sentencia aislada que interviene en su contra la carga de la prueba.

La sentencia de 12 de diciembre de 1998 (recurso 2094/97), resulta siempre exigible, como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia.

La sentencia de 12 de febrero de 2001 (recurso 136/96), sobre un caso de coma anestésico por anoxia cerebral no detectada por el sistema de monitorización, confirma la absolución del anestesista y la condena del centro hospitalario, fundada en el defectuoso funcionamiento del monitor. En este caso se invierte, en cambio, la carga de la prueba en contra del anestesista, pero en virtud de un resultado desproporcionado (grave atrofia cerebral y estado de vida vegetativa).

La sentencia de 20 de julio de 2000 (recurso 2479/95), confirma la condena del centro hospitalario por secuelas derivadas de un tratamiento anestesiológico que no vino precedido de cultivos o análisis que hubieran permitido detectar la presencia de gérmenes en la sangre ni acompañado de las oportunas medidas de asepsia, por más que no fuera posible determinar qué médico concreto, de los varios que fueron asistiendo al paciente, había sido responsable de dichas omisiones.

La sentencia de 15 de julio de 1999 (recurso 3903/98), estimando el recurso de casación interpuesto por la parte actora en caso de anoxia de niño de siete años que sufrió secuelas irreversibles, condena al anestesista declarando que «la cuestión debe conducirse por ello al tema central, esto es, que la monitorización permitiera a un anestesista atento detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardíaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la braquicardia y procurado la rápida reanimación».

La sentencia de 29 de julio de 1998 (recurso 1579/96), indica los patrones a que debe ajustarse la actuación del médico anestesista (evaluación preanes-

tésica, perianestesia con presencia continua durante la intervención quirúrgica y permanente evaluación monitorizada y postanestesia mediante control del paciente en la unidad de recuperación), confirmando en el caso la condena del demandado por haberse omitido las pruebas previas a la intervención y el adecuado control de las constantes vitales.

La sentencia de 9 de junio de 1998 (recurso 819/94), condena únicamente al servicio público, pero con base en el artículo 28 de LGCU.

La sentencia de 28 de junio de 1997 (recurso 580/97), sobre un caso de fallecimiento postoperatorio, reacción anafiláctica, confirma la condena de un cirujano por no haber informado al intensivista del historial alérgico del paciente.

Por último, la sentencia de 13 de octubre de 1995 (recurso 868/95), examina un caso complicado durante la intervención con falta de oxigenación cerebral durante tres o cuatro minutos, que se consideró adecuadamente resuelta por el anestesista pese a las gravísimas secuelas que le quedaron a la paciente, absolviéndose tanto a aquél, por no haberse acreditado su culpa o negligencia ni poder invertirse en su contra la carga de la prueba, como a la Administración Pública de la que dependía el centro hospitalario, por no haberse probado escasez de medios alguna.

Es una pena que el perjudicado no haya utilizado otras vías para reparar el daño, como dirigir la reclamación también frente al INSALUD y la compañía aseguradora, pues se debería de haber exigido responsabilidades por el funcionamiento anormal de la sonda, apoyándose la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o una reclamación de responsabilidad por productos defectuosos, apoyándose en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Aplicándose, en consecuencia, el sistema de responsabilidad objetiva en ambos casos, lo que hubiera dado lugar a la responsabilidad del INSALUD y posiblemente también a una responsabilidad del fabricante de la sonda por defecto de fabricación o diseño.

Conforme al artículo, apartado primero 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «...se ponderará de los daños originados en el correcto uso y consumo de los bienes y 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 sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios».

Y conforme al artículo 3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos:

«1. Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie...».

Es necesario recordar que la Disposición Final primera de esta Ley dispone que «los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsa-

bilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley».

De donde se deduce que los servicios sanitarios quedan incluidos en el ámbito de aplicación y se podría haber pedido la reparación del daño por el sistema de responsabilidad objetiva, contemplado en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA TEORIA DEL RIESGO. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Novelda, en sentencia de 15 de marzo de 1996, desestimó íntegramente la demanda formulada por don Roque D. P. sobre reclamación de cantidad, absolviendo a la mercantil JOSE MARIA M. V. S. L. de todos los pedimentos con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1.^a), en sentencia de 3 de diciembre de 1996, desestimó el recurso interpuesto por el demandado contra la dictada en primera instancia confirmando los pronunciamientos contenidos en el fallo de dicha Resolución, condenando a la recurrente al pago de las costas de esta alzada.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto.

Hechos.—Accidente de un trabajador en una cantera de mármol al desprenderse un bloque de mármol y golpearle, lo que le produjo lesiones con secuelas irreversibles que le impiden desempeñar su oficio de cantero.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se apoya en varios motivos de los que cabe destacar el primero, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de la jurisprudencia relativa al artículo 1.902 del Código Civil en concordancia con el artículo 1.903 del mismo texto legal.

Esta Sala no acepta las conclusiones jurídicas de la sentencia de apelación, y entiende que las declaraciones jurisprudenciales relativas a la inversión de la carga de la prueba y al acogimiento de la llamada teoría del riesgo son de aplicación al supuesto de autos: *«en la instancia no se ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial concerniente a que en las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, no resulta suficiente la diligencia reglamentaria si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, y que el principio de la responsabilidad por riesgo, sin llegar a objetivar de una forma absoluta la responsabilidad de aquél a quien cabe atribuir la creación del mismo, le obliga a acreditar que había adoptado todas las medidas necesarias para evitar el siniestro (entre otras, SSTs de 20 de marzo de 1996, 8 de abril de 1996, 13 de julio de 1999).*

Con ocasión del evento, la demanda no ha demostrado una actuación acompañada de diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar, no es suficiente que cumpliera las prescripciones reglamentarias para exonerarla

de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han producido un resultado positivo y revelan la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado, no ha probado que, ante una situación de riesgo acreditado, hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación por parte del estado de la parte delantera de la cantera... con la ejecución de las correspondientes medidas de seguridad con objeto de impedir desprendimientos o reducir su efecto perjudicial, para evitar así aquellas circunstancias a su alcance que llegaran a transformar el peligro potencial en daño efectivo.

La omisión de la referida diligencia preventiva provoca la declaración de culpabilidad de la entidad José María M. V. S. L.».

Notas.—La cuestión litigiosa se centra en sí, en relación con el accidente sufrido por el trabajador, la empresa había adoptado o no las medidas de seguridad correspondientes para evitar el evento.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que se trata de un caso de responsabilidad por riesgo. La responsabilidad por riesgo tiene sus orígenes, precisamente, en el ámbito de los accidentes de trabajo, y se basa en que toda actividad que crea un riesgo y por la que se obtiene un beneficio económico, hace responsable a su autor del daño que ésta puede causar. La responsabilidad por riesgo tiende a soluciones cuasi objetivas y se caracteriza por la presunción de la culpa del agente, produciéndose una inversión de la carga de la prueba mediante la prueba de que obró con la diligencia debida, lo que en este caso no se ha conseguido.

Afirma el Alto Tribunal que no es suficiente que cumplieran las prescripciones reglamentarias para exonerarla de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han producido un resultado positivo y revelan ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado era necesario que hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación por parte del estado de la parte delantera de la cantera con la ejecución de las correspondientes medidas de seguridad. Es decir, el cumplimiento de las formalidades reglamentarias no exonera de responsabilidad cuando la producción del daño ha revelado la ineficacia e insuficiencia del fin perseguido. Todo ello lleva a la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia condenando a la empresa a abonar al actor cuarenta y dos mil setenta euros con ochenta y cinco céntimos.

CULPA EXTRACONTRACUTAL. NO SE PRODUCE INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA DEMOSTRACION DEL HECHO DAÑO-SO INCUMBE AL DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Bartolomé Pardo.

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco de Algeciras, en sentencia de 8 de septiembre de 1994, estima parcialmente la demanda de doña Carmen G. R. sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos, condenando a don Francisco Manuel S. L. a pagar a la actora los gastos e indemnizaciones

que se acrediten en la ejecución de la sentencia conforme a las bases señaladas en los considerandos y que sean consecuencia de la lesión sufrida el 29-7-92 en el tobillo, y sin expresa condena en costas.

La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3.ª), en sentencia de 22 de noviembre de 1996, ha lugar al recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida. Y con desestimación de las excepciones relativas a la legitimación pasiva del demandado, inadecuación del procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda y entrando a conocer el fondo del asunto, desestima la demanda promovida por doña Carmen G. R. contra don Francisco Manuel S. L., al que absolvemos de la reclamación que mediante dicha demanda se le dirige, condenando a la parte actora a pagar las costas de primera instancia, y no hacemos pronunciamiento sobre las causadas en este recurso.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Clienta que sufre una lesión en un tobillo cuando se hallaba en una discoteca de Tarifa.

Doctrina de la Sentencia.—El presente recurso consta de dos motivos, ambos con fundamento en el ordinal 1692 de la LEC. En el primero de ellos se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia relativa al mismo, al considerar la demanda que la persona a quien se atribuye la autoría de los hechos causantes del daño a justificar, para ser exonerada, debe probar que en el ejercicio de su actividad obró con la diligencia precisa para evitarlo. A su vez, el segundo motivo incide en lo mismo al denunciar infracción por la sentencia recurrida del artículo 1.214 del Código Civil, por lo que ambos motivos se estudian conjuntamente.

Frente a esta argumentación desarrollada por la señora G., *«ha de resaltarse que en la sentencia de apelación se realiza una precisa distinción entre la causalidad interna del hecho productor del daño... y el mismo hecho y el nexo causal, que como elementos determinantes del nacimiento de responsabilidades han de ser probados por quien alega»*. La Audiencia Provincial procede a un determinado examen de las alegaciones realizadas por la actora en la demanda, señalando que no se ha acreditado que se hubiese presentado denuncia ni dado aviso ya a la Guardia Civil, ya a la Policía Local de Tarifa y que la aportación de documentos relativos a la asistencia médica dispensada en Palma de Mallorca *no se prueba que al borde de la pista existiese un hueco con el que la actora afirma haber tropezado, ...no ha sido probado ...el hecho fundamental que ha dado origen al daño sufrido, cuya demostración incumbe exclusivamente al que solicita su reparación y respecto al cual no puede reclamarse inversión alguna de la carga de la prueba. Esta solamente sería aplicable, una vez determinada la producción del evento, para imputar la causalidad al mismo a su autor, en tanto por el mismo no se demostrase que había actuado con toda la diligencia que aconsejaban las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE FERROVIARIO. FALLECIMIENTO DE DOS PEATONES EN PASO A NIVEL. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia, número tres de Tolosa, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, desestimó la excepción de falta de competencia alegada por RENFE y don Ramón M. C., entrando en el fondo de la demanda interpuesta por don Miguel B. G., doña Aránzazu y doña M.^a Amaya B. I., don Javier Z. I., doña Edurne y don Xavier, M. Z. I. contra RENFE y don Javier M., absolviendo a éstos de los pedimentos deducidos en su contra. Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2.^a) dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1996, revocando la misma en el sentido de condenar a RENFE y don Ramón M. C., a abonar conjunta y solidariamente a don Javier la suma de 3.000.000 de pesetas, y a cada hijo 1.000.000 de pesetas, y a don Manuel la suma de 3000.000 pesetas, y a cada hijo 1.000.000 de pesetas, todo ello sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Muerte de dos peatones (esposas y madres de los demandantes) al ser arrollados por un tren-tranvía de RENFE en un paso nivel.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se integró por diversos motivos, entre los que cabe destacar:

El último dedicado a aportar infracción de los artículos 1.902 y 1.903 en relación al 1.104 del Código Civil para combatir la condena dictada al sostener que medió culpa plena de las víctimas, excluyente de los que recurren.

Los hechos que la sentencia declara probados están conformados básicamente por la conducta negligente del conductor del tren, ya que conocía perfectamente, a fuerza de pasar por allí frecuentemente, que el lugar donde ocurrió el accidente, ubicado en núcleo urbano, era costumbre arraigada su utilización como paso por la gente, lo que en una elemental previsión, al margen de normas y reglamentos, le imponía necesariamente a circular con la adecuada precaución para poder frenar ante cualquier evento... y al no haber adoptado estas medidas que las circunstancias le imponían como elementales y no eran sorprendentes, sino suficientemente sabidas, por resultar reiteradas y notorias, acusan una desatención notoria en la conducción del convoy que, necesariamente, actúa como determinante.

Los pasos a nivel, sobre todo los instalados en las poblaciones, representan por sí un grave peligro que configura un riesgo permanente y mantenido, por lo que resulta no sólo loable, sino imperiosa, la política seguida para su total supresión. En este sentido, la doctrina de esta Sala censura el mantenimiento de este modo de practicar el paso por peatones de las vías férreas, ya que la realidad pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas reglamentarias sobre todo en los tiempos actuales, pues el riesgo resulta impuesto y se sostiene de modo constante, con efectos trágicos en la mayoría de los casos. Las empresas ferroviarias han de asumir de forma decidida la supresión de los pasos a nivel y emplear los medios adecuados y eficientes para ello, y en todo caso, como dice la sentencia de 20 de julio de 1994, están obligadas a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles procura de evitar accidentes, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, pues el riesgo de estos supuestos se presenta como muy intenso y del todo previsible.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 23 de marzo de 1996 que la de 21-12-1992, al considerar que el accidente pudo ser evitado, tanto con la eliminación de lo que estructuralmente representaba situación peligrosa por sí, como por no haberse observado la prudencia exigible al maquinista, que entre las prevenciones necesarias no adoptó la de aminorar la velocidad del tren que conducía y de este modo no basta que se den las exigencias reglamentarias, sino que la conducta del agente ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vienen impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar), concurrente en cada caso particular. En igual sentido se pronunció la de 8 de mayo de 1995, y la de 14 de junio de 1996 se refiere a la existencia de acceso a las vías de peatones no debidamente cerrado, como aquí ocurre.

Notas.—Nuevamente un trágico accidente se produce en un paso a nivel con el resultado de dos personas muertas. En este supuesto se reclama contra la RENFE y el conductor del tren-tranvía por la muerte de dos viajeros que cruzaban por el paso a nivel. Y se vuelven a levantar las voces contra la supresión de una vez por todas de los pasos a nivel. ¿No deberían mejor tomar medidas de seguridad y eliminarlos? Creemos que es necesario eliminar el permanente riesgo que suponen los pasos a nivel, pues es evidente que el cumplimiento de las medidas reglamentarias no es suficiente. ¿Sólo RENFE es responsable de su no eliminación? En el ámbito de accidentes ferroviarios suele establecerse últimamente por el Tribunal Supremo una línea semiobjectiva sobre responsabilidad por daños con ocasión de actividades generadoras de riesgo. En este caso se produce una concurrencia de culpas entre las fallecidas y el conductor del tren que no observó la diligencia exigible.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

RESPONSABILIDAD MEDICA.—CRITERIO DE IMPUTACION SUBJETIVA; DEBER DE INFORMACION Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN RELACION CON OPERACION DE MEDICINA VOLUNTARIA O NO CURATIVA (VASECTOMIA). EL DEBER DE INFORMACION INCUMBE AL MEDICO Y AL CENTRO HOSPITALARIO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—Al demandante se le practicó una operación de *vasectomía*, tuvo complicaciones posteriores como consecuencia de un gran hematoma que le acarreó la pérdida por atrofia de uno de los testículos.

Alega la *falta absoluta de información previa* sobre las posibles complicaciones de la intervención y solicita una indemnización al Instituto Nacional de la Salud y al facultativo que le operó de forma solidaria de siete millones de pesetas por la secuela que sufre, las molestias y dolores padecidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas al actor.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior.

El Tribunal Supremo revoca las anteriores sentencias estimando la demanda. No hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias y, respecto a las de casación, cada parte ha de satisfacer las suyas.

Entre las consideraciones que hace el Supremo conviene destacar la inadmisibilidad de la *falta de motivación* denunciada por entender que «es suficiente que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho, ajena a toda arbitrariedad», pese a que no se citen preceptos legales concretos ni se haga aplicación directa de las sentencias del Tribunal Supremo.

Entiende que no hubo *negligencia en la actuación médica*, ya que la existencia de un nexo causal entre la operación de vasectomía y el daño causado no es suficiente para sentar la responsabilidad médica, es precisa la culpa o negligencia, no bastando con que sea invocada, ha de probarse. Las complicaciones producidas por la operación son una consecuencia lógica de la misma por ser «previsibles» y «frecuentes».

El punto neurálgico de esta sentencia se centra en el hecho de no haber recibido *información* previa sobre las características, riesgo y posibles complicaciones de la intervención. Se infringió el *deber de información* que debe de incluir un diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y que tiene una mayor relevancia en los supuestos de medicina voluntaria (no curativa) porque la libertad de elección del paciente es mucho mayor que cuando se trata de medicina curativa.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL.—MUERTE DE UNA PERSONA Y DAÑOS EN LA PROPIEDAD COMO CONSECUENCIA DE DESPLOME DE UNA PARED MEDIANERA. NEXO CAUSAL: CAUSA EFICIENTE OBRAS DE DEMOLICION DEL EDIFICIO CONTIGUO, ABANDONO DE LA PARED A LAS INCLEMENCIAS DEL TIEMPO SIN ADOPTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD, CAUSALIDAD FISICA, CAUSALIDAD JURIDICA (REPROCHE OBJETIVO, JUICIO DE IMPUTACION) Y CULPA (REPROCHE SUBJETIVO). CRITERIOS DE IMPUTACION: POSICION DE GARANTE; AGRAVACION DEL RIESGO; AMBITO DE PROTECCION DE LA NORMA. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE DISTRIBUCION PROPORCIONAL DEL QUANTUM, EN FUNCION DE LA INFLUENCIA RESPECTIVA DE LAS CONDUCTAS CULPOSAS EN LA CAUSACION DEL DAÑO EN EL CASO DE CONCURRENCIA DE CAUSAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Hechos.—El desplome de un muro y parte de una construcción en él apoyada, causó la muerte de la madre del actor y produjo daños en su propiedad, por lo que éste reclamaba casi diecisiete millones de pesetas al Ayuntamiento de Jaén, a G. y a H. por el fallecimiento y los daños materiales y morales causados.

H. pretendía construir en la zona y obtuvo la declaración de ruina de la finca s/n de su propiedad, ubicada entre los números 13 y 15 de la calle Q. Respecto de estas últimas decretó el Ayuntamiento que se llevasen a cabo las reparaciones necesarias a cargo de sus respectivos propietarios. H. adquiere la finca número 13, pero no consigue comprar la número 15 a su dueña, que se había opuesto a la declaración de ruina de su propiedad. H., a través de otra empresa, lleva a cabo la demolición de la construcción de que era titular. Entonces ya se advirtió que el muro colindante, de carácter medianero, estaba en muy malas condiciones. Su situación se agravó por estar a la intemperie.

La propietaria presentó un escrito al Ayuntamiento que dio lugar a un requerimiento de éste a H., para que procediera al tabicado y vallado, e intentó hacer por su cuenta alguna reparación, que resultó insuficiente. Entonces se desplomó la pared y arrastró una parte de la construcción existente en el número 15, ocasionando la muerte de su propietaria que se encontraba en el lugar, aunque no vivía ahí.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda respecto al Ayuntamiento y a G. Y la estimó en cuanto a H., condenándola a pagar la cantidad antes expresada.

La Audiencia Provincial redujo la condena de H. a casi ocho millones de pesetas.

El Tribunal Supremo mantiene el fallo de la Audiencia, excepto en la cuantía de la indemnización que eleva a quince millones de pesetas. Cada parte ha de satisfacer las costas causadas a su instancia en cuanto al recurso de casación.

Diversas causas contribuyeron a la producción del accidente: la supresión de la construcción lateral, el abandono del muro a lo largo de cuatro años, la supresión de la cubierta que había sobre el mismo, las inclemencias del tiempo, la no evacuación de las aguas de lluvia del solar colindante, además de tratarse de una construcción de mala calidad y carente de una conservación en condiciones.

Doctrina.—La pared tenía la condición de *medianera*, por eso la Audiencia modera la responsabilidad de la demanda en un 50 por 100 por considerar que ambos propietarios son responsables. El Supremo no acepta este razonamiento por entender que el desplome del muro se produjo como consecuencia de las citadas obras de demolición que suprimieron el apoyo lateral y la cubierta acarreando una agravación del riesgo. Debieron tomar las medidas precautorias oportunas para evitar los daños en los inmuebles vecinos.

Aún cuando no se menciona en la sentencia el artículo 576 del Código Civil, no cabe duda de que se trata de una aplicación del mismo que permite al propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera derribarlo, pero señala que deberá asumir las obras necesarias para evitar los daños que el derribo pudiera ocasionar en la pared medianera.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL