

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

LA FINALIDAD DE LA TERCERÍA DE DOMINIO ES EL ALZAMIENTO DEL EMBARGO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La tercería de dominio, como recuerda reiterada doctrina jurisprudencial de ociosa cita, tiene por finalidad la eliminación de los efectos cautelares decretados sobre la cosa cuya propiedad aduce y acredita el tercero, es decir, el alzamiento del embargo decretado, liberándole del mismo y del riesgo de su posterior adjudicación a favor del ejecutante, razón por la cual no se discute ni se resuelve en ella un juicio sobre a quién corresponde la verdad dominical del bien embargado, o la atribución del derecho de propiedad, sino sólo si dicho embargo ha de continuar, en el supuesto de desestimación de la acción, o si ha de alzarse, si la misma se acoge; y si la razón de este juicio incidental es el alzamiento o no del embargo trabado, no hay duda de que el enjuiciamiento que en él se haga deberá tender única y exclusivamente a verificar la viabilidad o falta de fundamento del título, como presupuesto ineludible de esta clase de juicio.

LEASING: CONCEPTO Y EFECTOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la sentencia.—En el contrato de arrendamiento con opción de compra o leasing concurren tres partes: la *empresa* de leasing que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el *proveedor* que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario, y

éste, el *usuario*, que celebra el contrato con la empresa de leasing y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Tal contrato de leasing, como dice la sentencia de 28 de noviembre de 1997, es una institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial; es un contrato complejo y en principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil. Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la Disposición Adicional séptima, en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario.

La entidad de leasing es la titular dominical del bien, frente a cuyo embargo puede oponer con éxito la tercería de dominio.

SOCIEDADES: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CONTRA LOS ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 943 del Código de Comercio asigna un plazo determinado, el de cuatro años a la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades, sin distinción alguna, por más que su emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose sólo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios.

Existiendo en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo de ejercicio de la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades, no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas, las ejercitadas para exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general.

CONDENA EN COSTAS: LIMITACIONES AL PRINCIPIO DEL VENCIMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, ha producido el cambio radical en el tema de la imposición de costas, como ha destacado la sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1996. Ciertamente que el solo criterio del vencimiento, por sí mismo, puede resultar injusto en ocasiones, aunque haya mejorado la situación normativa precedente, concediendo el artículo 523.1 de la LEC al juzgador de instancia no condenar en costas, pese al vencimiento, cuando razonándolo debidamente aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición.

Por tanto, si al juzgado o a la Sala de instancia se permite, en casos de preceptiva imposición de costas, su no imposición por la concurrencia de circunstancias excepcionales, con mayor razón podrá imponer las costas en parte o exonerar en parte su imposición. Ello es así porque el que puede lo más con mayor razón puede lo menos.

Comentario.—Actualmente el artículo 394 de la LEC, de 7 de enero de 2000, dice que: «las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Acoge, así pues, la nueva LEC, el principio del vencimiento, y se ha suprimido la llamada a circunstancias excepcionales como motivo de no imposición de costas, sustituyéndola por las dudas de hecho y de derecho.

CUESTIÓN DE COMPETENCIA: DIRIGIDA UNA ACCIÓN CONTRA PERSONAS FÍSICAS Y CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO, ES COMPETENTE LA JURISDICCIÓN CIVIL (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se dirige la acción contra personas físicas y jurídicas particulares, con personalidad jurídica de Derecho Civil y contra entidades de Derecho Público, la jurisdicción competente es la civil, ya que nunca la jurisdicción administrativa podría aplicar una norma a una persona de Derecho Privado. No pueden, en ningún caso, unos particulares ser enjuiciados por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mayor abundamiento, esta Sala ha aplicado con mucha reiteración la doctrina del peregrinaje de jurisdicciones, que hay que evitar a fin de no quebrar el derecho al proceso sin dilaciones indebidas que consagra el artículo 24 de la Constitución Española.

ACCIÓN PAULIANA: NO PRECISA PLEITO PREVIO PARA ACREDITAR LA INSOLVENCIA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que prospere la acción rescisoria, revocatoria o pauliana, no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan (sentencias de 25-11-92 y 31-10-94).

EL VENDEDOR DE DISCOS DE MÚSICA NO ESTA AUTORIZADO A ALQUILARLOS. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El problema concreto que se plantea debe resolverse en el sentido de que el adquirente por compra de copias de fonogramas

carece de la facultad de explotarlas, sin la autorización del titular del derecho de distribución, ejerciendo una actividad mercantil en un establecimiento dedicado al alquiler de las mismas. Al adquirente le está vedado la comercialización mediante la creación de un mercado secundario concurrente, consistente en el negocio de alquiler de los fonogramas. El agotamiento del derecho de distribución o circulación a partir de la primera venta opera respecto de las ventas sucesivas, pero no extingue totalmente el control del titular del derecho de distribución, porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes de los fonogramas diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler de discos compactos (fonogramas) en establecimiento abierto al público, sin consentimiento del productor fonográfico. Es de resaltar que la solución que se adopta conjuga en gran medida con la Directiva Comunitaria.

CADUCADA UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO, YA NO PUEDE PERJUDICAR AL TITULAR REGISTRAL POSTERIOR. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Hechos.—Se practicó una anotación preventiva de embargo sobre una finca en el año 1986. En 1987 la compró un tercero, que inscribió. Después caducó la anotación. Pero el procedimiento siguió, ya que según la sentencia impugnada, el embargo existe con independencia de que esté o no anotado en el Registro. El Supremo casa esa sentencia de acuerdo con la siguiente doctrina.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso existe un procedimiento de apremio en el que se embargaron bienes, que en la actualidad constan inscritos a nombre de persona distinta del deudor. La única duda que puede plantearse es la referida al momento temporal en que se produce la inscripción. Desde luego que, si la inscripción se hubiera producido pendiente la anotación de embargo, no existiría ningún problema, pues el titular registral hubiera tenido que soportar las consecuencias del embargo. *Prima facie* pudiera pensarse que, como el embargo se trabó y anotó con anterioridad a la inscripción del reclamante, éste tiene igualmente que soportarlo. Mas un examen más riguroso de la norma obliga a considerar que el factor tiempo tiene importancia tanto en relación con el proceso como con la temporalidad de la anotación preventiva de embargo, de manera que si en el curso del mismo y antes de que el proceso concluyera con la adjudicación del bien cuestionado, se patentizara la existencia de la inscripción libre de la traba, por razón de la cancelación por caducidad de la anotación, ha de estarse a la aplicación del precepto favorable al tercero. No se olvide que la caducidad de los asientos que nacen con duración predeterminada actúa de modo automático, llegado el día prefijado, que es lo que ocurre con la anotación preventiva de referencia.

CONGRUENCIA: ALCANCE. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala respecto al alcance que corresponde dar a la exigencia procesal de la congruencia afirmando que no puede tener otra extensión que la derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que han

de constituir el objeto del proceso, existiendo allí donde entre esos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, el requisito de la congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos fundadores, pero no implica ni supone, en modo alguno, una literal concordancia y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE: SE NECESITA CONCIERTO DE VOLUNTADES. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—En lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por negocio jurídico o título, la jurisprudencia (sentencias de 6-12-1985 y 27-2-1993), tiene declarado, cuando se trata de la creación «intervivos» del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando, en caso de duda, la presunción de libertad del fundo, de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por los precedentes titulares del que hoy se pretende fundo sirviente, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real.

RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER RESTRICTIVO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha señalado con reiteración que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos firmes, requiere una interpretación de los supuestos que le integran con carácter restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (sentencias de 25-9-1963, 2-12-1980 y 30-6-1988).

LAS LEYES FISCALES NO SON APTAS PARA APOYAR UN RECURSO DE CASACIÓN CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—En un recurso de casación civil no puede aceptarse la cita como infringidas de leyes fiscales, y las citadas en el recurso son de carácter netamente fiscal, ya que el cumplimiento de requisitos fiscales no afecta a las relaciones civiles, ni las normas fiscales pueden enervar derechos regulados o reconocidos en las leyes civiles, ni autorizan otra cosa que la adopción de medidas y correcciones disciplinarias o sancionadoras de estricto carácter fiscal; por lo que no son aptas para apoyar un recurso de casación civil, porque éste ha de fundarse en normas de naturaleza civil, es decir, en infracciones de normas sustantivas del ordenamiento jurídico.

CARGAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley establece el régimen de gastos a cargo de la Sociedad de Gananciales para gestionar los frutos, artículo 1.362-2.º, serán de cargo de la Sociedad de Gananciales los gastos que originen: «La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Antes se marginaba el supuesto en el 1.408-4.º, y la razón es elemental, pues el propio contenido patrimonial de la sociedad comporta que la misma cargue con los gastos de constitución o mantenimiento de su patrimonio; adquisición de bienes comunes, tenencia de esos bienes y disfrute de los bienes comunes, que naturalmente requiere los gastos de su previa explotación, origen de esos frutos; esa tenencia y disfrute forman parte de la llamada administración ordinaria de los bienes comunes. El precepto estipula que: «Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales».

En cuanto a la responsabilidad por ilícitos del cónyuge actuante, en sede de obligación extracontractual, la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave: artículo 1.366. En estos casos de culpabilidad manifiesta del cónyuge —dolo o culpa grave— que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal —delito o falta— o civil con esa culpabilidad —cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1.902—, las consecuencias patrimoniales por esa conducta o la responsabilidad civil derivada será de cargo exclusivo del cónyuge actuante; en este sector deben incluirse las antiguas «multas y condenas pecuniarias» del extinto 1.410-2.º

COMPRAVENTA: LA ENTREGA DE UN PISO CON UNA SUPERFICIE MENOR FRUSTRAR EL FIN DEL NEGOCIO. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en más de veinte metros cuadrados, de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un *aliud pro alio*. No empece a las consecuencias que se derivan de esta declaración la referencia al «cuerpo cierto» que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación debida es un *prius* que no debe confundirse con la «aleatoriedad», dentro de ciertos límites del «cuerpo cierto», que, en el caso además, viene connotado por la determinación de una cabida que no podía ser objeto de entrega y que tenía carácter esencial para el comprador.

RECURSO DE REVISIÓN POR MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Para la viabilidad del recurso de revisión, cuando se fundamenta en maquinaciones fraudulentas, exige la jurisprudencia los siguientes requisitos:

A) Que la maquinación consista en una conducta maliciosa de la parte recurrida, tendente a conseguir, mediante argumentos, artificios o ardidés, una ventaja frente a la contraria. B) Que exista un nexo causal directo entre esta conducta y la sentencia firme y favorable para la parte que utilizó este proceder. C) Que la maquinación fraudulenta se deduzca de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no de los alegados y discutidos en él. D) Que la conducta maliciosa impida al demandado el conocimiento de la existencia del pleito, y por tanto su efectiva defensa. E) Que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de caducidad que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ACCIÓN PAULIANA:REQUISITOS. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—En relación a la acción pauliana, el Tribunal Supremo ha declarado que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan (sentencias de 25-11-1992 y 2-6-1995).

LA CAUSA «TORPE» EQUIVALE A ILÍCITA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La norma del artículo 1.306 asimila la causa «torpe» con la ilicitud de causa que debe incardinarse en la contravención. Pasando de su significación vulgar del término «torpe», hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita, que no sea susceptible de ser tipificada de infracción penal, supuesto al que se refiere el artículo 1.305 del Código Civil, preceptos ambos que no hacen otra cosa que seguir la máxima que establece que *in pare cause turpitudinem, melior est conditio possidentis*, criterio que es unánime entre los intérpretes del Código, que entienden que se comprenden, en este caso, no sólo lo opuesto a la moral, que no constituye falta penada, sino también la que contraría el orden público o la ley, sin estar determinada para el caso sanción penal.

LAS NORMAS REGLAMENTARIAS NO SON, EN GENERAL, INVOCABLES EN CASACIÓN. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La tarea casacional va vinculada a la observancia y vigilancia del cumplimiento de las leyes o normas esenciales del Poder Legislativo, o asimiladas, pero no a las disposiciones emanadas del Ejecutivo, en uso de su potestad reglamentaria, que son tomadas en consideración *secundum legem*, esto es, conforme a su Ley de cobertura, en el presente caso el Real Decreto legislativo 1347/1985, sobre producción de seguros privados, pues si así no fuera, habrían de desaplicarse por razón del principio de jerarquía normativa, de modo que no son, en general, normas invocables en casación.

DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del enriquecimiento sin causa en nuestro Derecho se ha originado por una construcción doctrinal y jurisprudencial y tan sólo ha encontrado últimamente reflejo legislativo en las Normas de Derecho Internacional Privado del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, en cuyo artículo 10.9 se dispone en su párrafo tercero: «En el enriquecimiento sin causa se aplicará la Ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido», y en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaría y del Cheque, cuyo artículo 65 recoge que «cuando el tenedor hubiera perdido la acción cambiaría contra los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librador, el aceptante o un endosante, exigiéndole el pago de la cantidad con la que se hubieran enriquecido injustamente en su perjuicio...»

La doctrina jurisprudencial más antigua cita al respecto la Partida séptima, Título XXXIV, «De las reglas del derecho», que dice: «*E aun dixeron que ninguno non deve enriquescer tortizeramente con daño de otro*». Señaló la sentencia de 15 de noviembre de 1990, que los requisitos se concretan en la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor, la debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y la carencia de causa que justifique dicho enriquecimiento. Y añade la sentencia de 23-3-1992, que la *conditio*, basada en el enriquecimiento injusto, ha sido desestimada cuando lo resuelto se ampara en una sentencia u otra resolución judicial definidora de los derechos entre las partes. El resultado injustificado es la esencia y núcleo del principio impeditivo del enriquecimiento sin causa.

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación y de contradicción, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la *mutatio libelli*), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia (*pendenteapellatione nihil innovetur*). La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la *causa petendi* y determina incongruencia *extra petita*.

NO HABIÉNDOSE DISUELTO LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, LA CÓNYUGE NO PUEDE EJERCITAR TERCERÍA DE DOMINIO RESPECTO A UN BIEN GANANCIAL EMBARGADO. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las

contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen, es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

LOS MOTIVOS SON DIFERENTES DE LA CAUSA. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado muchas veces la causa de los motivos, pues mientras la causa en los contratos onerosos se describe en el artículo 1.274, los motivos son los móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes, ordinariamente irrelevantes y sin trascendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad, lo que no se hizo en el caso ahora discutido; por lo que el principio de seguridad jurídica obliga al intérprete a no reconocer beligerancia a los motivos, como circunstancias externas al acto contractual, salvo que hayan sido reconocidos por ambas partes o la Ley mande contemplarlos expresamente (sentencias de 1-5-1963, 21-11-1988 y 4-1-1991).

JOSÉ QUESADA SEGURA

DOCTRINA SOBRE HERMENÉUTICA CONTRACTUAL. (STS DE 23 DE JULIO DE 2002.)

Se alega la infracción de los artículos 1.281, 1.282, 1.285, 1.288 y 1.289 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en concordancia con el artículo 6-3 del Código de Comercio y artículo 400 del Código Civil, y también en base a la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil.

Ambos motivos adolecen en su planteamiento de graves defectos de técnica que, en puridad, obligan a su rechazo, pues se invocan en bloque como infringidas todas las reglas de la hermenéutica contractual. En este sentido cabe destacar que el artículo 1.281 del Código Civil consta de dos párrafos previstos para supuestos distintos, y el 1.282 es complementario o supletorio del párrafo 2.º del 1.281, y no del primero, por lo que no pueden alegarse conjuntamente, ya que, en el primer caso, son factor decisivo de la interpretación las palabras, y en el segundo, la intención evidente de los contratantes. Asimismo, se ha declarado que no cabe citar acumuladamente todos los preceptos de la interpretación de contratos, pues son diversos, a veces contrarios e incluso contradictorios, y ha de acogerse en el motivo el texto del contrato, su tenor literal, y partiendo de él comprobar si se ha obtenido la intención de las partes, las cosas sobre las que quisieron contratar, pero para ello hay que probar cuáles fueron los términos del contrato, y en autos los hechos probados afirman que no hay principio alguno de prueba que permita deducir las

conclusiones que la recurrente sienta. Y ello porque la invocación de cualquiera de las reglas hermenéuticas en un motivo de casación exige que se precise en qué consiste la errónea interpretación dada en la instancia al contrato o a cualquiera de sus cláusulas, así como la que a juicio de la recurrente y de acuerdo con la norma invocada es la que se estima correcta. En suma, no pueden combatirse, de la manera que lo hacen los recurrentes, los completos y exhaustivos razonamientos que, desde la indagación de la intención de los hermanos litigantes, expone la sentencia recurrida, para concluir que en la intención, a partir del título del documento, fue la decisión del solar y su adjudicación a los dos demandados conforme a las condiciones que especifica el documento. Debe recordarse que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, sin que pueda sustituirse su criterio, objetivo e imparcial por el subjetivo e interesado del recurrente, al ser consolidada la doctrina de esta Sala de que si la interpretación dada por el Tribunal *a quo* de los contratos es racional, no procede la casación, como tampoco cuando no incide en equivocación evidente, ni aún cuando cupiese alguna duda acerca de su absoluta exactitud.

DEFINICIÓN LEGAL DE COMPRAVENTA. (STS DE 17 DE JULIO 2002.)

El recurso de casación se apoya en que los documentos en los que, según la sentencia recurrida, consta la entrega, del precio de la compraventa se refieren al pago de una vivienda o casa denominada «El Cortijo», número 1 de la urbanización..., mientras que la escritura pública de venta tuvo por objeto otra cosa distinta, una parcela de terreno que no se encuentra en tal urbanización.

El motivo se desestima porque pretende probar que no se ha acreditado el pago del precio de la compraventa, y ello nada tiene que ver con el precepto que se dice infringido. El artículo 1.445 del Código Civil define solamente el contrato de compraventa, y expresamente dice que se perfecciona como contrato obligatorio, productor de obligaciones recíprocas, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado. La falta de pago del precio no impide que el comprador pueda haber adquirido la propiedad de lo comprado si ha existido la tradición del objeto mediante el otorgamiento de escritura pública según el artículo 1.462 del Código Civil. Por tanto, de esa hipotética falta de pago del precio no se puede concluir, como quiere el recurrente, que no se ha adquirido dominio alguno, sólo de la falta de tradición, de la que para nada se acuerda al formular el motivo. Por otra parte, lo que en realidad se pretende es valorar la prueba sobre el pago del precio de modo distinto al de la Audiencia. Mientras ésta sostiene que el precio se pagó, la recurrente estima lo contrario, pero el artículo 1.445 nada tiene que ver con cuestiones probatorias.

PROCEDENCIA DE DIVISIÓN EN LA COMUNIDAD DE BIENES. (STS DE 16 DE JULIO DE 2002.)

Se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida por no haber resuelto sobre la división de la cosa común, pedida también en la demanda, y haber remitido al hoy recurrente a otro proceso, entendiendo que la acción de división se había ejercitado como subsidiaria de la de nulidad, carácter

subsidiario que en el motivo se niega rotundamente alegando, además, que en su recurso de apelación los demandados no combatieron el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que había acordado la división de la vivienda.

Este motivo ha de ser estimado porque, en verdad, no hay base suficiente para entender que la acción de división de la cosa común se ejercitara en la demanda con carácter subsidiario respecto de la de nulidad parcial de la escritura pública de compraventa, siendo por demás patente el interés autónomo del actor, hoy recurrente en la división, aún partiendo de cuotas iguales en función de los propios hechos de la demanda, reveladores de una situación que en la práctica comportaba la exclusión del actor-recurrente de la comunidad.

INEXISTENCIA DE NOVACIÓN MODIFICATIVA. (STS DE 12 DE JULIO DE 2002.)

Se invoca en casación la infracción del artículo 1.156 del Código Civil por la existencia de novación, y en su desarrollo se discrepa de lo sostenido por la Audiencia en el sentido de que no se ha producido la novación en orden a que el artículo 1.205 del Código Civil no admite la sustitución de un nuevo deudor sin el consentimiento del acreedor.

No debe prosperar este motivo dado que: a) el artículo 1.205 exige el consentimiento del acreedor para la novación modificativa consistente en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo que no puede presumirse, pues ha de constar inequívocamente la voluntad de novar y, en definitiva, la asunción de deuda requiere siempre aquel consentimiento, y, en este caso, la sentencia impugnada declaró probado, en relación con lo alegado por las hoy recurrentes en el sentido de que la novación se produjo por el hecho de que el aludido don Orencio y su esposa transmitieron, con fecha 30 de noviembre, a los también aludidos don Ramiro y don Ángel, las acciones de las que los primeros eran titulares en la sociedad PACANAN, haciéndose cargo los adquirentes del pago de los avales hasta entonces contraídos por el transmitente, entre los que se encontraba el que es objeto del presente proceso, que el actor no consintió en ningún momento esta sustitución, por más que sí llegó a conocerla, pero ha quedado claro que incluso se opuso expresamente a ella, pues entabló una demanda tendente a que la transmisión de acciones se dejara sin efecto, a lo que ha de estarse en casación, pues afecta a la base fáctica de la novación y lo intentado por las recurrentes es sustituir la valoración de la prueba en el Tribunal de Instancia por sus propias apreciaciones, lo que es inadmisibile.

INEXISTENCIA DE COMPETENCIA DESLEAL. (STS DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Se acusa infracción de los artículos 11, 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal, porque la sentencia impugnada después de reconocer que entre los envases enfrentados existían coincidencias aparentes en el color de fondo, en las líneas transversales, en los bordes y en la tipología de las letras, es decir, en los elementos del envase que llevan a la conclusión de la existencia de imitación del envase, tenía que haber examinado si concurría cualquiera de los presupuestos previstos en los citados preceptos de la Ley de Competencia Desleal.

Se observa en el desarrollo de este motivo que las recurrentes omiten cualquier consideración sobre lo expuesto en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia impugnada respecto a que es inaceptable la premisa cronológica de la que parte en su fundamentación fáctica, lo que de entrada conllevaría a la desestimación de la demanda, por lo demás, en el fundamento siguiente, se trata la ausencia de la premisa referida del fondo del asunto, y así, después de poner la sentencia de manifiesto que la actora aporta un envase... pero es de ver que existe otro al folio 135, que reza igualmente corteza de trigo, con el anagrama BOCABITS y la marca MATUTANO, por lo que es procedente considerar dicha duplicidad, que impone un examen contrastado dual o triple, no indicado en la demanda, lo cierto, en cualquier caso, es que, aun reconociendo la Audiencia que se dan coincidencias «aparentes», señala que existen «diferencias inimitables, cuales son las de la marca que indistintamente aparece en unas y otras, como propias de cada entidad fabricante, y que permiten al comprador o ciudadano medio diferenciar completamente lo que es producido bajo el patrocinio de MATUTANO y lo que es fabricado por FRIT RAVICH», y añade que la diferenciación externa en el caso del tercer envase es todavía mucho mayor y además, se argumenta muy razonablemente sobre el denominado «Código de color» y lo informado por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Girona, concluyendo en resumen en el sentido de que la falta de prueba por parte de la actora ha de ser la que primeramente lanzó al mercado su envase del folio 7, así como que la publicidad en Televisión fuera conectable específicamente con aquél, que la configuración externa del envase sirve para diferenciar a un producto de otro y no al fabricante, en relación a los llamados códigos de color, que la obligación de diferenciarlo para evitar confusión se da en este caso, todo lo cual conduce acertadamente a la desestimación de la demanda y, por lo mismo, al pericamiento del motivo que nos ocupa, sin que sea aceptable lo argumentado en su desarrollo sobre que las meras coincidencias aparentes comporten un aprovechamiento indebido del esfuerzo de las hoy recurrentes, que no se ha demostrado, al faltar base fáctica para apreciarlo, y que se configura en la demanda como consecuencia de la imitación supuestamente desleal, ello en relación con lo dispuesto en el artículo 11-2 LCD, sin que en rigor tampoco se hayan alegado actos distintos de explotación de la reputación ajena.

FALTA DE LEGITIMACIÓN. (STS DE 2 DE OCTUBRE DE 2002.)

En el presente caso hay una flagrante ausencia de legitimación en relación a la parte recurrida y antes demandante, por la simple razón de que la misma no es la parte propietaria arrendadora del piso en cuestión, y porque además no tiene el poder o representación suficiente para exigir la indemnización pactada.

Y es en este sentido como se debe enfocar la estimación del actual motivo, ya que esgrimir en el mismo la existencia de una responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, no es demasiado correcto, cuando tal obligación se deriva de una cláusula contractual. Pero como en el presente caso el núcleo es claro, no debe invalidar el mismo el cauce de responsabilidad utilizado.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

CONTRATO DE OBRA.—RECLAMACION DEL AUMENTO DE PRECIO POR AUMENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

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

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de obra, base de todo el presente litigio, como contrato bilateral por el que una parte —**comitente o dueño de la obra**— se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra —**contratista**— por la realización de una obra, produce como obligación esencial en el primero el pago de la obra, que es el fijado en el contrato, si se ha presupuestado en el mismo —art. 1.544 del Código Civil— cuyo precio es aumentado, cuando ha habido aumento de la obra consentido, ordenado o autorizado por el comitente o dueño de la obra —art. 1.593 del Código Civil— sobre cuyo tema ha recaído numerosa jurisprudencia que reitera dos extremos: que la realidad del aumento de la obra y el hecho de la autorización del mismo por el comitente o dueño de la misma es cuestión de hecho de determinación del Tribunal de Instancia, y que, habiendo tal realidad y tal hecho, debe pagarse el aumento del precio.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

El recurso de casación no triunfa.

Base fáctica.—La compañía mercantil «European Textil Trading, S. A.», don Dionisio Conrado Salas Bartolomé y esposa doña María del Pilar Cao Dieste, don Germán Serrano Clemente y su esposa doña María Angeles Alonso García, demandan por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía a la entidad «Megarco, S. L.», don Francisco García López y la esposa de éste, doña Concepción López Navarro. La cuestión litigiosa se centraba principalmente en la eficacia de la cláusula séptima del contrato celebrado entre dichas partes y que literalmente es como sigue: «Los costos fiscales y, en su caso, las deudas por cuotas, sanciones, demoras y recargos, generados en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de cada uno de los vendedores, directamente derivadas del pago y cobro del precio aplazado, serán exclusivamente de cuenta y cargo del comprador, quien expresamente se obliga a soportar la carga fiscal que ello suponga como si del propio sujeto pasivo tributario se tratase, única y exclusivamente en el supuesto caso de que fueran los vendedores obligados por el comprador a consignar en el documento público de venta una cantidad superior por todos los conceptos».

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada no ha tenido en cuenta la falta de personalidad del actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, aunque el Tribunal Supremo, en aplicación de su propia doctrina y la del Tribunal Constitucional, contrarias a los formalismos enervantes, mantiene un criterio flexible en armonía con el principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva, y entra en el examen de esta cuestión que

ya ha sido tratada debidamente por la sentencia de instancia en el sentido de que, por solicitarse la resolución de hasta tres contratos conexos entre sí, han de ser llamados a juicio todos y cada uno de los intervinientes en el otorgamiento de los mismos, cuyo razonamiento es aceptado por esta Sala.

Además, se constituye doctrina jurisprudencial la relativa a que la doctrina del abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, como también la concerniente a que no se puede invocar a favor de quién sea responsable de una acción antijurídica, como aquí nos acontece.

Por otra parte, como de acuerdo con el artículo 1.261, el contenido del referido contrato reúne los presupuestos necesarios para su existencia, su cláusula séptima, dada su naturaleza accesorio, no empece la validez del mismo, sin perjuicio de las facultades inherentes a los litigantes para determinar, en otra vía, las consecuencias legales de la misma.

Así las cosas, el otorgamiento de la escritura de compraventa de las acciones de la sociedad «European Textil Trading, S. A.», queda al arbitrio de los vendedores y se desestima porque la recurrente incide en la mención de la cláusula séptima, que posee carácter accesorio para la regulación de los efectos fiscales del contrato, y olvida que está acreditada la concreción del precio de la compraventa, y asimismo, el impago de parte del mismo por el comprador, pues si el comprador no hubiera pagado el resto del precio aplazado, se entendía que desistía unilateralmente de la compraventa, quedando entonces entregadas en concepto de arras penitenciales, lo que tendría efecto de forma automática, sin necesidad de comunicación o requerimiento por parte de los vendedores, ante lo cual, bajo ningún concepto, el arbitrio de los vendedores deviene en soberano para el otorgamiento de la escritura pública. La sentencia de la Audiencia se limita a establecer que el comprador no pagó y que no había incertidumbre en el precio, pero silencia la interpretación jurisprudencial del artículo 1.124 del Código Civil, en el sentido de la necesidad de acreditar el cumplimiento perfecto de las obligaciones por parte de quien pretende la resolución pretendida y la acreditación de la voluntad rebelde del incumplimiento de lo convenido por parte de dicho incumplidor, lo cual se desestima porque así como no existe evidencia en los autos respecto a la inobservancia de sus obligaciones por los vendedores, permanece indubitado en el litigio el impago del vendedor, que inclusive no es discutido por éste, sin que la inversión de la carga fiscal para el fin de escriturar la operación por su valor real suponga causa justificante de su conducta, habida cuenta de que, como cláusula accesorio, se integró en el contrato mediante concierto voluntario de los interesados. Y es que para la efectividad del contrato sería preciso no sólo el incumplimiento del contrato, que en nuestra litis no se ha producido, sino también la prueba de los daños y que los mismos sean consecuencia del acto infractor que se desestima porque, demostrado el impago del comprador, se resuelve la cuestión invocada mediante las arras penitenciales, tal y como ya se ha explicado.

ALCANCE DEL ARTICULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL.—NOSE PUEDE PRETENDER EN CASACIÓN APLICAR A CONTRARIO SENSU LOS ARTÍCULOS 604 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y 1.226 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2000.)

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

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se aduce la aplicación indebida del artículo 1.214 del Código Civil en base a que llega a conclusiones diferentes la Sala de apelación que el Juzgado de Primera Instancia y, sin referirse para nada a las reglas de carga de la prueba del citado precepto, ni del artículo 1.248 del mismo texto legal, pero, en realidad, el artículo 1.214, que se dice infringido por aplicación indebida, sólo puede ser alegado en casación cuando se acuse a la sentencia *a quo* de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, es decir, cuando se haya invertido la carga de la prueba que a cada parte corresponde. Y, en realidad, la parte recurrente pone acento, no en las reglas del *onus probandi* del precepto que se dice conculcado —art. 1.214 del Código Civil—, sino en la valoración de la prueba testifical por el Tribunal de Instancia, y estima improcedente la conclusión de la Sala *a quo* al recoger que negar de antemano la declaración de los empleados de la actora, le privaría de la única prueba posible de advenir su versión de los hechos, con el lamentable olvido de que la valoración de la prueba testifical es discrecional para el juzgador y no impugnabile en casación, habida cuenta que, tanto el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el artículo 1.248 del Código Civil, no contienen reglas de valoración de la prueba y tan sólo suponen normas de carácter admonitivo, porque no resulta susceptible de ser impugnada tal valoración en vía casacional porque se aprecian por las reglas de la sana crítica y el buen sentido. Además, para que exista error en la interpretación de una norma jurídica es preciso que se haya aplicado y se contraiga el supuesto de hecho establecido con fuerza vinculante para el Juez, como señaló la sentencia de esta Sala, de 24 de febrero de 1984. Y, también, es inexacto y contrario a la intangibilidad de los hechos probados, afirmar que la sentencia recurrida «presuma» el reconocimiento de tal documento por parte de la litigante en rebeldía y que no acudió al juicio, pues se ha limitado a la valoración de la prueba testifical. En cualquier caso, olvida el motivo, que la falta de reconocimiento del documento privado por la parte a quien perjudica, no le priva por ello del valor probatorio que el artículo 1.225 del Código Civil le asigna y puede ser tomado en consideración, ponderando con otras pruebas la credibilidad de tal escrito, y así ha sido señalado en numerosas sentencias.

ISABEL MORATILLA GALÁN

PACTO DE EXCLUSIVA PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL INTEGRADO EN LOS ESTATUTOS DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2002.)

La cuestión litigiosa giraba principalmente en torno a la eficacia de una regla estatutaria de la Comunidad actora concerniente a que, en el supuesto de concesión en exclusiva de una actividad comercial a algún local del Centro Comercial, no podrá realizarse la misma en ninguno otro del mismo, salvo que medie autorización expresa del titular de la exclusiva.

El artículo 27 bis de los Estatutos reguladores de la Comunidad actora establece literalmente lo siguiente: «Concedido contractualmente a un local el ejercicio de una actividad con carácter de exclusiva, en ningún otro local del Centro Comercial podrá desarrollarse la misma actividad, ni siquiera de forma

parcial, fraccional, complementaria, accesorio, secundaria, marginal o temporal, salvo que medie autorización expresa del titular de la exclusiva. El incumplimiento de esta obligación y consiguiente ejercicio, en algún otro local, de una actividad concedida en exclusiva, aun en las antes indicadas formas parciales, se considerará, de conformidad con lo determinado en el artículo 27 de estos Estatutos, como actividad no permitida estatutariamente, quedando facultados y legitimados indistintamente, tanto la Comunidad de Propietarios, a través de sus órganos rectores, como el titular de la exclusiva presuntamente perturbada para ejercitar las acciones previstas en el artículo 22 de estos estatutos, artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, o cualquier otra que estimare procedente en orden a obtener, en definitiva, el cese de la infracción o la privación del uso del local para el infractor o el lanzamiento o resolución del contrato cuando se tratare de ocupante no propietario».

Limitaciones como ésta se introducen frecuentemente en los Estatutos de comunidades de propiedad horizontal relativas a centros y galerías comerciales, con la intención, por una parte, de integrar distintos tipos de negocios para completar los servicios a los clientes, y, por otra, de evitar la duplicidad de puestos o tiendas similares dentro del mismo recinto.

Estos pactos —contemplados y autorizados en los arts. 5, párrafo tercero, 7, párrafo tercero, y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, y en la reforma introducida en la misma por la Ley 8/1999— no vulneran las disposiciones de libre comercio y competencia aducidas por la recurrente.

En este caso, la prohibición de que se trata, figura claramente en los Estatutos de la actora, obra inscrita en el Registro de la Propiedad, es de obligado cumplimiento para la Comunidad de Propietarios y perjudicará a terceros (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal).

FIANZA. ABUSO DE DERECHO. EL PRINCIPIO DE BUENA FE. MÉRITOS PARA IMPONER LAS COSTAS A LA PARTE QUE HUBIERA LITIGADO CON TEMERIDAD. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

En autos de juicio ejecutivo tuvo lugar la venta en pública subasta de una vivienda propiedad de un matrimonio que había prestado fianza en garantía de un préstamo obtenido por su hija.

La recurrente denuncia que la sentencia de la Audiencia, si bien entiende que la subasta y la adjudicación fueron formalmente correctas, considera la presencia de abuso de derecho por el Banco al ceder el remate, pues al día siguiente de la celebración de la subasta tenía prácticamente cobrada la deuda y, sin embargo, no ha valorado que la única solución correcta era la de devolver por el litigante pasivo la suma de 1.000.000 de pesetas cobrada por error, que fue ofrecida a los demandados del juicio ejecutivo.

La sentencia de apelación expresa, en síntesis, que, aunque se considere desde un punto de vista formalista que la subasta ya celebrada resultaba irrevocable, de conformidad con el artículo 1.498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (irrevocabilidad que se refiere claramente a que el deudor ya no puede evitar la efectividad de la enajenación realizada), resulta evidente que la cesión del remate realizada el día 18, esto es, siete días después de conocer efectivamente que casi toda la deuda estaba satisfecha, resulta indefendible, pues si continuar la subasta por ignorar aun si se iba a abonar toda la deuda puede

ser sostenible, la cesión a un tercero cuando se ha cobrado casi todo el importe de la misma es reprobable, con la indicación de que el «BANCO» podría haber renunciado al remate o haber solicitado al Juzgado la cancelación del procedimiento, al ser el postulante del embargo y que, por lo tanto, la subasta sólo a él beneficiaba.

Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia de 6 de febrero de 1999, que la construcción jurídica del abuso de derecho exige como requisitos esenciales los siguientes: *a)* una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de protección; *b)* que esta actuación produzca efectos dañinos, y *c)* que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización; y, asimismo, ha sentado que el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado (aparte de otras, SSTS de 5 de abril de 1993, 2 de diciembre de 1994 y 19 de octubre de 1995).

En este caso, a partir de los hechos que se consideran probados en la sentencia impugnada, es patente que el Banco ha utilizado el derecho de una manera anormal o plenamente contraria a la convivencia ordenada, con lo que concurren los presupuestos que configuran esta figura jurídica, tanto en su forma subjetiva (acto sin la existencia de un fin legítimo), como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho), que se han manifestado mediante una actuación aparentemente correcta que, no obstante, constituye una extralimitación y que, en su consecuencia, la ley debe privarla de protección.

CONDICIÓN RESOLUTORIA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2002.)

En un contrato de compraventa condicionado a la aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación por el Ayuntamiento y, para el caso que no sea aprobado dicho proyecto y adjudicadas las parcelas dentro del término de un año a partir de la fecha del contrato a la parte compradora y ahora recurrida, «Solinca», le cabrá el derecho de resolver la compraventa, viniendo la obligada vendedora a devolver lo recibido.

Claramente dicho contrato de compraventa en cuestión es un contrato sujeto a una condición potestativa no invalidante, ya que en ella la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén dejadas a la sola valoración del interesado.

Por ello, el dato de llevarse a cabo la referida reparcelación, incluso con posterioridad al plazo fijado contractualmente, no significa que *per se* deba resolverse sin más el contrato, sino que es necesaria una actividad personal en ese sentido resolutoria por la parte contratante interesada, que es la antedicha compradora y ahora recurrida —«Solinca»—.

Y esta actividad se ha realizado en el momento de contestación a la demanda, cuando ya se había llevado a cabo tal plan de reparcelación, aunque ello fuera después de transcurrido el plazo convencional.

De todo lo cual se infiere que se ha producido un acontecimiento futuro, lo que impide el triunfo de una actuación resolutoria preconizada en el artículo 1.114 del Código Civil, y que es lo que pretende la parte ahora recurrente.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.—SI EXISTE OPOSICIÓN DE LA OTRA PARTE ES PRECISA DECLARACIÓN JUDICIAL DE QUE ES CONFORME A DERECHO; NECESIDAD DE ACCIONAR, MEDIANTE DEMANDA O RECONVENCIÓN, PARA QUE PUEDA SER DECLARADA. CONTRATO DE ARQUITECTO.—INCUMPLIMIENTO DEL ARQUITECTO: NO EXISTE PORQUE, PESE A LOS TÉRMINOS DE LA HOJA DE ENCARGO, SE CONVINO QUE LA ENTREGA DE LOS PROYECTOS DE CADA UNA DE LAS FASES DE URBANIZACIÓN TUVIERA LUGAR A MEDIDA QUE LO FUERA SOLICITANDO EL ARRENDATARIO, Y ASÍ SE OBSERVO EN LAS TRES PRIMERAS FASES. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2002.)

En el desarrollo del motivo se discurre acerca de la naturaleza de arrendamiento de obra del contrato de autos, en cuanto que el arquitecto, al firmar el encargo, se comprometió a elaborar el proyecto encargado, redactado y listo para servir a la función para la que se pidió, y que no cumple su obligación contractual si no presenta un proyecto viable y con aptitud para ser construido, produciéndose el incumplimiento que faculta a la otra parte para resolver el contrato, dejando de abonar la remuneración (art. 1.124 del Código Civil); si no se obtiene el visado, el cual tiene carácter esencial para poder hablar de que existe realmente un proyecto y de que se ha cumplido con la obligación contraída con el cliente, hasta el punto de que no se puede obtener la licencia administrativa de obra; de ahí que la obligación de pago de los honorarios no nace hasta tanto no se haya obtenido el visado correspondiente. A continuación, aplicando la anterior doctrina a los hechos, la parte recurrente sostiene que el proyecto de autos fue presentado en el Colegio de Arquitectos de Canarias (el 23 de febrero de 1994, siendo visado con fecha del día siguiente) con posterioridad a que la entidad Golf del Sur, S. A., que lo había encargado, le hubiese notificado la resolución del contrato (7 de febrero de 1994), y que en el momento de tal presentación habían transcurrido más de cuatro años desde la celebración del contrato, por lo que, al no compelerse ninguna de las partes al cumplimiento, se da una situación de incumplimiento mutuo, o al menos una inactividad por ambas partes que determinan la resolución de hecho del contrato. La voluntad contractual ha dejado de existir y con la pretensión actora hay un intento de perfeccionar el contrato cuando una de las partes lo ha denunciado, y es evidente que, de acuerdo con el artículo 1.124, es imposible que la actora pretenda ahora el cumplimiento.

El motivo no puede ser acogido.

En primer lugar, no cabe entender que se ha producido una resolución contractual a instancia de la entidad arrendataria, Golf del Sur, S. A., porque, si bien es cierto que en fecha 7 de febrero de 1994, requirió a Estudio Arqte, S. L., notificándole la resolución del contrato de 31 de diciembre de 1987, y también lo es que en nuestro sistema jurídico la resolución contractual se produce extrajudicialmente, sin embargo viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala que, si existe oposición de una de las partes contratantes, es preciso, para que tenga lugar dicha resolución, una declaración judicial de que es conforme a Derecho (sentencias, entre otras, de 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 30 de marzo de 1992, 15 de junio de 1993, 20 de octubre de 1994, 29 de diciembre de 1995, 28 de marzo de 1996, 29 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 1999); y, por otro lado, también es doctrina uniforme que la declaración judicial de resolución contractual requiere el ejercicio de la acción correspondiente en demanda, o mediante reconvencción (sentencias de

19 de noviembre de 1994; 3 y 20 de junio de 1996; 20 de junio de 1998; 15 de noviembre de 1999; 1 de abril y 6 de octubre de 2000; 1 de diciembre de 2001 y 12 de febrero de 2002, entre otras).

En segundo lugar, no cabe apreciar una situación de incumplimiento mutuo que, por inactividad de las partes durante largo tiempo, puede hacer pensar en una extinción del vínculo por retractación bilateral *tácita*, porque la base fáctica sentada en la instancia —indemne e ignorada por la parte en la casa—, no es la apropiada para sentar el efecto jurídico postulado de *contrarius consensus*, por lo que se incurre en el defecto casacional de petición del principio o supuesto de la cuestión.

En tercer lugar, con independencia de que lo que pretende la actora no es la «perfección» del contrato, sino su consumación, y aún cuando es cierto que no puede pretender el cumplimiento el contratante que no ha cumplido, en el caso no hay una situación de incumplimiento por parte del arquitecto encargado del proyecto.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL FUNDADA EN EL INCUMPLIMIENTO POR EL ACTOR DURANTE TRECE AÑOS DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN RELACIÓN CON LA EDIFICACIÓN EN FINCAS DE LOS DEMANDADOS. SITUACIÓN DE ABUSO DE DERECHO. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2002.)

Se hace preciso tener en cuenta que por la Audiencia Provincial se manifiesta que, pese a su denominación, los documentos suscritos por las partes en 1976 no son encuadrables dentro de la figura de la compraventa, constituyen a lo sumo, pactos previos a la consecución de una verdadera convención que carecen de fuerza para vincular a las partes, pues a tenor de lo dispuesto en su cláusula cuarta, la viabilidad de lo pactado pasaba por un nuevo acuerdo de aquéllas respecto al anteproyecto de la obra a realizar, que se comprometió a encargar el señor Cubo, el cual nunca llegó a llevar a efecto la gestión correspondiente.

Ha de añadirse, por otra parte, que en la cláusula sexta no se establecía plazo alguno que pudiese considerarse realmente vinculante para el recurrente, por cuanto el inicio de las obras quedaba a su libre voluntad al depender de la aprobación del proyecto de obras por los órganos oficiales competentes a los que debía presentárselo sólo una vez redactado. De hecho, como se subraya en la resolución recurrida, en trece años el señor Cubo únicamente llegó a solicitar la cédula urbanística.

El carácter abusivo de los documentos que el hoy recurrente puso a la firma de los propietarios de los solares resulta por demás evidente, pues el cumplimiento de cuanto en ellos se estipulaba, quedaba confiado exclusivamente a la decisión del supuesto comprador quien, de esta forma, obtenía de modo absolutamente gratuito una especie de reserva a su favor de la capacidad de decisión sobre el destino de las fincas en cuestión con una correlativa privación a sus dueños del ejercicio de la facultad de proceder a la edificación de las mismas.

Puede afirmarse, por ello, que la conducta de total inactividad y de mutismo absoluto, observada por el hoy recurrente, sobrepasó manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, debiendo entenderse comprendida en el segundo párrafo del artículo 7 del Código Civil, por lo que el amparo legal o la tutela judicial que llegara a concederse al actor

implicaría dejar a su libre arbitrio la validez y el cumplimiento de lo pactado, con vulneración del precepto cuya infracción imputa el señor Cubo a la sentencia recurrida.

LA FECHA DE LA PÓLIZA DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ES EL DATO RELEVANTE A EFECTOS DE LA PREFERENCIA QUE ESTABLECE EL ARTICULO 1.924.3.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2002.)

Se declara que no puede aceptarse que las pólizas de leasing se asimilen a las de crédito.

Ha de recordarse la doctrina establecida por las sentencias de esta Sala, de 9 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 7 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2001, en las que se afirma que no existe analogía entre el préstamo y el arrendamiento financiero, pues en este último contrato la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario. Sin embargo, se añade, lo relevante para atribuir preferencia con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de pólizas de préstamo y de crédito no es la naturaleza de contrato, sino la circunstancia de que en el préstamo la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de la suscripción de la póliza y ello, aunque se hayan establecido plazos de amortización parcial, pues la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, en tanto que en el caso de la concesión de crédito, la obligación está condicionada a la efectiva utilización del mismo, por lo que es imprescindible para fijar el saldo deudor la práctica de una liquidación de las disposiciones realizadas, momento en que el crédito alcanza autenticidad indubitada y resulta exigible, por lo que la fecha de dicha liquidación es la relevante a efectos de oponer su preferencia a otro crédito concurrente.

En el arrendamiento financiero, de análogo modo a lo que sucede en el préstamo, la exigibilidad del precio surge desde el momento mismo de la firma de la póliza aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que, producido el impago, la liquidez de la deuda se obtiene asimismo a través de una operación aritmética exenta de dificultad.

ARBITRAJE. EXCEPCIÓN PROPUESTA AL CONTESTAR A LA DEMANDA CON LA OPOSICIÓN DE FONDO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

Argumenta el recurrente que se ha producido renuncia de arbitraje desde el momento en que la entidad demandada se personó en el pleito y contestó, oponiendo la excepción de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533-8.º de la Ley Procesal Civil) y que autorizaba la cláusula decimoprimeras de la relación de compraventa convenida por las partes y, a su vez, aportó alegaciones de fondo, solicitando la desestimación en este sentido de la demanda, lo que representa por sí sumisión tácita a la jurisdicción ordinaria.

La tesis del recurrente atenta a la tutela judicial efectiva y produciría indefensión en la parte demandada si sólo estuviera limitada a excepcionar y no contestar el fondo litigioso, pues de no prosperar la excepción, su situación instauraría un efectivo y grave desamparo, análogo al declarado rebelde, que resulta atentatoria a la libertad del proceso y sus principios de dualidad y

contradicción. No procede equiparar sumisión tácita (art. 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a renuncia a arbitraje (art. 11-2 de la Ley Arbitral).

Así lo ha entendido la jurisprudencia reciente de esta Sala en sentencias de 18 de abril de 1998, 1 de junio de 1999 y 10 de julio de 2001. Dice la doctrina jurisprudencial cuando la parte demandada propone la excepción, y para el caso de no resultar acogida contesta *ad cautelam* a la demanda, realiza una actividad procesal correcta. No es el caso de la sentencia de 16 de marzo de 1996, referente a no haber hecho el demandado la más mínima alusión a la excepción, ni el contemplado en la sentencia de 10 de diciembre de 1996, que se refiere a no haberse integrado en el suplico del escrito de contestación la estimación de la excepción de arbitraje, lo que incrementó en el escrito de resumen de pruebas al omitir en su suplico cualquier referencia a la excepción de referencia.

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2002.)

Respecto a la naturaleza y la finalidad de la tercería de dominio, la jurisprudencia de esta Sala ha venido experimentando una evolución progresiva un tanto vacilante, que va desde una primitiva posición de equiparación absoluta de la acción reivindicatoria (sentencias de 11 de abril de 1972, 26 de abril de 1978 y 26 de marzo de 1984), pasando después por una postura intermedia, en la que sólo a modo de una *obiter dicta* se indica la simple analogía, sin posibilidad de identificación entre ambas acciones (sentencia de 8 de febrero de 1988 y 13 de abril de 1989) hasta llegar a la concepción más reciente, en la que el objeto de la acción de tercería de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados, coincidiendo su ámbito de actuación con el de los bienes susceptibles de ser embargados, según el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, con la sola condición de que no sean de la propiedad del deudor apremiado (sentencia de 22 de julio de 1996, que invoca las sentencias de 29 de octubre de 1984, 11 de abril de 1988, 20 de mayo de 1988, 25 de octubre de 1988 y 1 de febrero de 1990); de ahí que sea claro que el presupuesto de legitimación activa radica precisamente en esa titularidad del derecho que se oponga al embargo y convierte en ilícita la ejecución, tal como resulta del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido constantemente recordado por la jurisprudencia.

ENTREGA DE COSA VENDIDA CON VICIOS O DEFECTOS QUE LA HACEN INHÁBIL PARA EL USO A QUE SE DESTINA. OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ABONAR LA CANTIDAD EMPLEADA POR EL COMPRADOR EN LA REPARACIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2002.)

El recurso sostiene en esencia que a los recurrentes, compradores de partes indivisas de un local destinado a aparcamiento que se materializan en espacios delimitados para esa finalidad, se les entregó un objeto absolutamente inidóneo e inhábil para el uso que se pretendía, pues no revestía las condiciones de capacidad, idoneidad y aptitud necesarias.

El motivo se estima por el erróneo planteamiento de la sentencia recurrida, que califica de vicios ocultos de la cosa vendida los gravísimos que afectaban a la estructura y piso de la planta, que hacían inhábil su destino a parking de vehículos, y que, ante el peligro que suponían para la estabilidad del edificio las grietas y fisuras en la planta, que se iban agrandando con el paso del tiempo, la autoridad municipal hubo de ordenar su urgente reparación a los propietarios, lo que hicieron a su costa. La sentencia olvida que los compradores, no sólo tienen las acciones protectoras de los vicios ocultos, sino también las que nacen del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato (sentencias de 1 de junio de 1982, 10 de junio de 1983, 20 de febrero y 19 de diciembre de 1984, 6 de marzo de 1985, 15 de junio de 1987).

No hay duda alguna de que los compradores de plazas de garaje (prescindiendo de la instrumentación jurídica que para que ello se adopte) recibieron del vendedor una prestación defectuosa, que les ha obligado ante su pasividad y por mandato de la autoridad, a realizar las cuantiosas obras de reparación cuyo importe reclaman, y el artículo 1.101 protege esa reclamación imponiendo al deudor la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

El vendedor (hoy sus herederos) cumplió defectuosamente su obligación de entrega. Estos defectos sobrepasan manifiestamente el concepto de vicios ocultos, cuya disciplina no puede aplicarse en vicios o defectos constructivos que, por su propia naturaleza, no se manifiestan en el corto espacio de tiempo que señala el artículo 1.490 del Código Civil. Tales defectos, según informe pericial detallado, impedían que la construcción soportase cualquier tráfico rodado, que de no haberse reparado a tiempo podían haber culminado en el hundimiento definitivo del forjado.

LEASING.—TERCERIA DE DOMINIO. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZO. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2002.)

Es doctrina reiterada y suficientemente conocida que la calificación e interpretación de los contratos puede ser sometida a esta revisión casacional cuando las conclusiones del Tribunal de Instancia —lo que en principio conforman su propia función jurisdiccional—, se presentan ilógicas, carente de la racionalidad necesaria, abiertamente contrarias a la hermenéutica contractual o a la legalidad aplicable. Sucede que en el presente supuesto, el contrato realmente querido y perfeccionado fue el de arrendamiento financiero (leasing), por corresponder a la intención y voluntariedad manifestada de los otorgantes, no porque así se califique en el encabezamiento del documento que lo contiene, sino porque las estipulaciones negociales convenidas, bien claramente así lo manifiestan y corroboran, pues consta identificado el bien objeto del mismo, cuyo uso y beneficio se cedió, la duración temporal del arriendo (36 meses), cuotas de abono mensuales (renta), y opción de compra a favor de la sociedad arrendataria al finalizar el plazo pactado mediante el pago del precio establecido y correspondiente al bien objeto del arrendamiento, por un importe igual a la cuota mensual que se convino, siendo supuesto análogo al estudiado en la sentencia de 15 de junio de 1999.

No es de recibo casacional, a efectos de desvirtuar la naturaleza del negocio discutido y poder ser considerado como compraventa, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción de compra al finalizar

el arriendo, coincida exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas. La doctrina de esta Sala resulta unánime al proclamar que la cuantía, más o menos elevada, reducida e incluso coincidente (sentencia citada de 15-6-1999), para el ejercicio de la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual y por ello no se está ante situación de negocio simulado como es la tesis del motivo (sentencias de 28-11-1997, 1-2 y 5-6-1999, 26-11-1999 y 12-3-2001).

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO —LEASING—. NO ENCUBRE O DISIMULA UN CONTRATO DE COMPRAVENTA A PLAZOS. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2002.)

La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece en su Disposición Adicional séptima, apartado 1, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta Disposición. Los bienes objeto de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario, únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario. Por lo dicho no cabe la menor duda que nos encontramos con un arrendamiento financiero, en el que el objeto arrendado es de plena propiedad de la parte arrendadora, por lo menos hasta que se ejercite el derecho de opción.

Y se debe estimar tal calificación desde el instante mismo que la figura del arrendamiento financiero (leasing), cuya razón de ser radica en las garantías que ofrece a la entidad financiera —cuando menos equiparables a los de la venta por precio aplazado con reserva de dominio— y a las ventajas de orden económico que reporta al usuario, a las que se unen las muy notables mejoras de orden fiscal, establecidas en la Ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, cuya Disposición Derogatoria única deroga expresamente, entre otros, el tan repetido apartado 7.º, es más, en el artículo 128, bajo el epígrafe tan significativo de «Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero», reproduce sustancialmente aquella Disposición Adicional de la Ley 26/1988, en sus nuevos preceptos sustitutivos de los derogados.

De lo dicho se desprende que este recurso es uno más de los muchos que, aun cuando dimanantes casi siempre de una tercería de dominio, han sido resueltos por esta Sala, rechazando la tesis de la compraventa a plazos, tesis normalmente sustentada en una tópica cita de la sentencia de 28 de mayo de 1990, no suficientemente atenta al requisito de la similitud de los respectivos supuestos de hecho.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—REUNEEL ARRENDATARIO LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL, AUNQUE TENGA LA AYUDA DE SU HIJO, DADA LA SITUACIÓN DE INVALIDEZ. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2000.)

El Juzgado de Eibar estimó la demanda, pero la Audiencia revocó en parte, cambiando el precio a pagar para el acceso a la propiedad.

No se admite la casación. Alega el recurrente que no existe ninguna explotación real ni mucho menos personal del caserío por la edad e invalidez absoluta de la arrendataria que sólo se ayuda de su hijo en las horas que no desempeña su ocupación en el mercado laboral, pero la casación no es una tercera instancia, permaneciendo incólume el juicio de la Audiencia que declara la existencia de una explotación ganadera. No puede negarse a la arrendataria su cualidad de cultivadora personal, ayudada por su hijo en su invalidez y ancianidad, debido a una aplicación analógica del inciso 2.º del artículo 16 LAR. Si no perdería la referida cualidad, si tuviese uno o dos asalariados, tampoco la puede perder cuando en lugar de asalariados, sea su hijo quien haga las tareas pertinentes de la explotación.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—~~EL~~ PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA TIENE UNA DEDICACIÓN PREFERENTE A LA AGRICULTURA, PERO EL CULTIVADOR PERSONAL DEBE TENER DEDICACIÓN EXCLUSIVA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2000.)

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

No procede la casación. Admitido el acceso por el Juzgado, la Audiencia revocó por no tener el actor la cualidad de cultivador personal. Arguye el recurrente que lo que exige el artículo 16 LAR es que la finca arrendada se encuentre correctamente explotada y que lo sea por el titular, bien por sí o con la ayuda de familiares que convivan con él, siendo compatible la dedicación a trabajos agrícolas con los realizados al margen de dicha explotación, y todo ello no puede suponer la pérdida de la condición de cultivador personal. Resulta de la documentación aportada que el recurrente estaba en situación de baja en el régimen agrario de la Seguridad Social y de alta en el régimen general, como trabajador por cuenta ajena, y la fiscalidad del actor no revela que sea la agricultura su fuente principal de ingresos, no constando en algunas declaraciones de Renta ningún ingreso por la actividad agrícola. El cultivador personal no sólo ha de ser un profesional de la agricultura, sino que ha de llevar por sí directamente la explotación, con la ayuda de familiares convivientes, utilizando asalariados sólo en las circunstancias previstas en el artículo 16. El profesional tiene una dedicación preferente y no única a la agricultura, y el personal tiene una dedicación exclusiva. El cultivador personal es profesional de la agricultura, pero no todo profesional de la agricultura es cultivador personal.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EXISTE PROBADO POR UNA CERTIFICACIÓN DE LA CAMARA AGRARIA QUE TANTO LA ACTORA COMO SU PADRE HAN EXPLOTADO PERSONALMENTE EL CASERÍO. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2000.)

El Juzgado número 1 de Bergara estimó la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

No se admite la casación. Según el recurrente, el actor no sólo ha de probar su propia condición de cultivador personal, sino también la de su causante o arrendatario inicial, citando la referencia del artículo 9 de la Ley de 15 de marzo de 1935, la de la explotación directa en la Ley de 28 de junio de 1940, las del cultivo directo y personal de la Ley de 23 de julio de 1942 y la Exposición de Motivos de esta última. Pero impone la prueba del dato de ser cultivador personal desde el arrendatario inicial, y exigir la prueba de ese dato al arrendatario actual sería tanto como pedir lo imposible en innumerables casos, dado el carácter histórico de los arrendamientos a que dicha ley se refiere, y además porque obra en autos, certificación de la Cámara Agraria de Bergara, de que tanto la actora como su padre han explotado de forma ininterrumpida el caserío.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ARRENDATARIO NO TIENE DEDICACIÓN EXCLUSIVA A LA AGRICULTURA, LO QUE EXIGE LA LEY PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2000.)

El Juzgado número 2 de Amurrio desestimó la demanda de resolución y extinción del arrendamiento interpuesta por el propietario, así como la de acceso a la propiedad ejercitada por el arrendatario, y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Se discute si el recurrente tiene la categoría de cultivador personal, distinto del concepto de profesional de la agricultura, ya que aquél exige exclusividad, y el otro la simple preferencia de la actividad agraria que basta en éste. Pero del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que el arrendatario, desde 1980 a 1985, fue trabajador por cuenta ajena con dedicación plena en un área que no era la exclusividad agrícola, todo lo cual hace, y ahora se ratifica que no se le pueda estimar como cultivador personal, a tenor del artículo 16 LAR y, por lo tanto, sin la suficiente capacidad jurídica para acceder a la propiedad agrícola en cuestión.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL, NO SE EXIGE LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL PARA TENER EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2000.)

El Juzgado número 2 de Amurrio desestimó la demanda de resolución y la de acceso a la propiedad, y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. La sentencia recurrida niega el acceso a la propiedad, ya que si bien se ha probado el cultivo personal de las fincas, este hecho no es suficiente a los efectos de la concesión del privilegio que comporta el acceso a las tierras en condiciones tan ventajosas como se pretende, pues la actividad agrícola, además de personal, ha de ser única o principal. El dato de ocuparse

el colono de otras actividades laborales remuneradas, no debe ser óbice para su conceptualización como cultivador personal, siempre que ambas actividades no sean incompatibles, lo que no ocurre en este caso. La referencia a la cuantía de los ingresos obtenidos con la agricultura, en proporción a los obtenidos en otras actividades, no está acuñada por las leyes ni por la jurisprudencia, pues sólo a partir de la Ley de 4 de julio de 1995, se establecen criterios que relacionen la calificación de profesional de la agricultura con porcentajes, lo que no invalida la vigencia del segundo párrafo del artículo 16 LAR. El arrendamiento es anterior a la promulgación del Código Civil y tiene, sin duda, la consideración de histórico, ya que las pruebas existentes lo acreditan así, sin que pueda entenderse que éstas se hicieron con referencia a una ley, la de 1992, que iba a promulgarse cien años después. Incluso no sería exigible la condición de cultivador personal, pues se trata de arrendamiento anterior al Código Civil, como resulta del apartado *a)* del artículo 1 de la Ley de 1992, a diferencia de los apartados *b)* y *c)* del mismo precepto.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE ESTE DERECHO, YA QUE SE EJERCITA FUERA DE PLAZO, TRANSCURRIDO EL SEGUNDO PERIODO DE PRORROGA LEGAL. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2000.)

El Juzgado número 1 de Betanzos desestimó la demanda de resolución y estimó la de acceso a la propiedad, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. La Audiencia revocó la sentencia anterior porque, aun tratándose de arrendamiento histórico, el escrito inicial fue presentado el 2 de diciembre de 1991, con anterioridad a la Ley de 10 de febrero de 1992, y la reclamación no podía ser estimada. El recurso se fundó en que si el contrato es posterior a la Ley de 1935, tiene fecha anterior a la de 1 de agosto de 1942, que también permitió el acceso a la propiedad de los arrendamientos históricos, pero la realidad es que el artículo 99.3 de la Ley de 1980 establece que el derecho a adquirir la propiedad debe ser ejercitado por el arrendatario en el plazo de un año a partir de la terminación de la prórroga, ampliando la Ley de 1987, el plazo de reclamación en los arrendamientos anteriores a la Ley de 1942, al disponer que el arrendatario podrá deducirlo durante el segundo período de prórroga legal. Sin embargo, en este supuesto la facultad no fue instada dentro del ciclo legal, ya que según el artículo 25 de la Ley de 1980, el segundo período sería de tres años, por lo que concluyó el 19 de febrero de 1990, de manera que, presentada la demanda el 2 de diciembre de 1991, la acción se ha ejercitado fuera de plazo.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—HUBO NOVACIÓN EXTINTIVA Y EL CONTRATO DE 1977 SUSTITUYO AL DE 1941. NO ES APLICABLE LA LEY DE 1991 PORQUE ESTA NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

El Juzgado número 2 de Granollers estimó la demanda reconvencional, declarando el derecho de acceso a la propiedad, pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. El problema básico es si el arrendamiento rústico existente es el del contrato de 1 de agosto de 1977, como pretende el actor, o, si como pretende la arrendataria, es el de 25 de julio de 1941, ya que si se mantiene la primera solución, el arrendatario carecerá del derecho de acceso

a la propiedad, que regula la Ley de Arrendamientos Históricos de 1992, por tratarse de un arrendamiento ordinario, que es el criterio de la Audiencia Provincial. Se ha producido una novación extintiva, sustituyendo la relación existente por otra nueva. En dicha novación se extingue el anterior orden de intereses y se crea un nuevo orden vinculante para el futuro. En este caso, el contrato de 1977 sustituyó al de 1941, y la calificación de novación no es una mera apreciación, sino que se declaró en otro proceso anterior entre las partes, por lo que existe cosa juzgada entre las partes. Tampoco sería aplicable la Ley de 1992, ya que el contrato vigente es el de 1977 y, en cualquier caso, no tendría aquella ley efectos retroactivos, en virtud del artículo 2.3 del Código Civil, por lo que no sería aplicable al pleito que se resolvió en la sentencia anterior, que determinó el efecto de cosa juzgada.

Arrendamientos urbanos

RETRACTO.—NO PROCEDE ESTE DERECHO PORQUE NO EXISTE EN LAS APORTACIONES A UNA SOCIEDAD, YA QUE LA SOCIEDAD NO ENTREGA DINERO SINO ACCIONES QUE EL RETRAYENTE NO PODRÁ REEMBOLSAR POR NO HALLARSE EN SU PATRIMONIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2000.)

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

No procede la casación. No se puede negar la existencia de subarriendo, ya que así se expresa en diversas ocasiones en el contrato. Tampoco puede admitirse el retracto en una aportación a sociedad, como reconoce la jurisprudencia (sentencia de 12 de junio de 1914) porque lo entregado por la sociedad no es dinero sino acciones, que el retrayente no podrá reembolsar por no estar en su patrimonio. Tampoco coincide el local poseído con el objeto de lo aportado a la sociedad, que es más amplio, olvidando que el retracto se limita a lo que se lleva en arriendo, como señala la sentencia de 31 de enero de 1992.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO ES DE INDUSTRIA POR LO QUE, FINALIZADO EL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO, PROCEDE EL DESAHUCIO. (SENTENCIA 15 DE JUNIO DE 2000.)

El Juzgado número 1 de San Bartolomé de Tirajana estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se estima la casación. El recurrente argumenta que el arrendamiento era de local y no de industria, siendo el procedimiento inadecuado, pero no es así, ya que el procedimiento de desahucio tramitado se corresponde con la pretensión principal ejercitada, esto es, la resolución del arrendamiento por expiración del plazo pactado, sin que sea objeto de controversia a dilucidar en el litigio si este arrendamiento es de industria o de local, cuando el contenido del contrato evidencia que está excluido de la LAU. El artículo 39.1 LAU de 1994, aplicable al presente pleito en virtud de lo dispuesto en su Disposición Transitoria 6.^a, al haberse presentado la demanda en junio de dicho año, establece que se tramitarán por el procedimiento establecido para el juicio de desahucio en los artículos 1.570 y siguientes de la LEC, las demandas que se

interpongan por extinción del plazo de arriendo. Es decir que, tanto si el contrato está sometido al Código Civil como a la legislación especial, el procedimiento a seguir será el juicio de desahucio. La jurisprudencia establece que en los supuestos en que exista duda acerca de si la normativa aplicable es la del Código o la de la LAU, es obvio que debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general, en lugar de seguir el criterio de la especialidad. En el contrato de 1985 se indica que el arrendamiento es de industria y no de local, como pretende el recurrente, sin que sea relevante un contrato anterior no firmado por el arrendador. El plazo fijado, de diez años, determina la resolución del contrato, al amparo del artículo 1.569 del Código Civil.

TRASPASO.—EL TRASPASO IMPONE AL ADQUIRENTE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS, PERO NO TIENE QUE ASUMIR LOS INCUMPLIMIENTOS DE SU ANTECESOR EN EL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2000.)

El Juzgado número 6 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La doctrina de la sentencia es que el traspaso de local de negocio constituye al adquirente en la misma situación contractual que tenía el arrendatario anterior más las obligaciones que la ley establece en función del traspaso realizado, pero no tiene porqué asumir los incumplimientos de su antecesor, es decir, el pago de las rentas atrasadas, salvo que a ello voluntariamente se obligue con el arrendador.

RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—LA NO OBTENCIÓN DEL TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN DE LICENCIA DE APERTURA ES INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR DE MANTENER AL ARRENDATARIO EN EL GOCE PACÍFICO DE LA COSA, DANDO LUGAR A INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

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

No procede la casación. El incumplimiento o no favorecimiento de la obtención del trámite administrativo de concesión de licencia de apertura de industria, que termina aportando como dato preclusivo y condicionante de la misma al arrendador del local en que se instala, constituye desatención de la obligación de mantenimiento del arrendatario en el goce pacífico de lo arrendado y no defecto o vicio oculto del mismo, dando lugar a indemnización que, fijada prudencialmente en la instancia, conforme a lo previsto en el artículo 1.103, no es revisable en casación.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EXISTIA UN ARRENDAMIENTO Y NO UNA CESIÓN GRATUITA, COMO DEMUESTRAN LOS ACTOS DE LAS PARTES, SIN QUE PUEDA EL ARRENDATARIO RETENER LA FINCA POR EL ABONO DE MEJORAS AL FINALIZAR EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

El Juzgado número 5 de Santiago estimó parcialmente la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

No se admite la casación. La actuación del Presidente del Club de Fútbol fue reconocida por la parte demandante en este procedimiento y en el de desahucio cuando, como se pone de relieve en la sentencia de instancia, se ha girado a la actora una cantidad como importe del alquiler del campo de fútbol por un año. Los propios actos de la parte demandada denotan la existencia de un arrendamiento que vinculaba a las partes, pues no sería lógico que la parte demandada girara las rentas, si era un contrato gratuito el que unía a las partes. El arrendatario no puede retener el objeto del arrendamiento, al amparo del artículo 453 del Código Civil y al extinguirse el arrendamiento está obligado a entregar la finca, estando regulado el régimen de las mejoras en el artículo 1.573 del Código Civil, siendo aplicable a las mejoras el artículo 487 del Código Civil, no previendo el mismo derecho a indemnización a favor de la parte que realiza las reformas, sin perjuicio de que la misma pueda retirar las mejoras sin causar detrimento al bien arrendado.

RESCISIÓN DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—LA DETERMINACIÓN DEL TIEMPO DURANTE EL CUAL SE PRODUCE LA PERDIDA DE GANANCIAS POR EL CIERRE DEL LOCAL, DANDO LUGAR A LA INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE, NO ES IMPUGNABLE EN CASACION. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

El Juzgado número 4 de Pamplona estimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente la anterior.

No procede la casación. Ambas sentencias declaran rescindido el contrato de arrendamiento en razón al incumplimiento por el arrendador de la obligación que le imponía el artículo 1.554.3 del Código, modificándose en la apelación las bases para fijar la indemnización en ejecución de sentencia, que comprenderá las ganancias dejadas de obtener en la explotación de la industria arrendada hasta el 19 de diciembre de 1997, fecha pactada de finalización del contrato. El recurso se funda en que el período para fijar la indemnización debió finalizar, como dijo el Juzgado, el 20 de octubre de 1994, en que se entregaron las llaves al arrendador. La determinación del tiempo durante el cual se produce la pérdida de ganancias por el cierre del local por orden administrativa, es una cuestión fáctica de la apreciación del Tribunal de Instancia, y como tal cuestión de hecho no puede ser impugnada en casación si no es por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, alegando infracción de las normas reguladoras de la misma que han sido inobservadas, cauce procesal que no se ha seguido en este caso.

INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE TAL ARRENDAMIENTO PORQUE FALTA UN REQUISITO ESENCIAL EN EL MISMO, COMO ES EL PRECIO O RENTA. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

El Juzgado número 4 de Vitoria desestimó la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

No se estima la casación. Se funda el recurso en que existía un verdadero contrato de arrendamiento urbano a favor suyo, como arrendatario de una

determinada vivienda adquirida en subasta pública por la parte recurrida. Pero la sentencia recurrida llega a la conclusión de que el contrato no ha tenido vida por la falta de un requisito del mismo, como es la falta de precio cierto. Es doctrina reiterada jurisprudencial, que el precio en el arrendamiento es un requisito esencial para su existencia, ya que la gratuidad es incompatible con la esencia de dicho negocio y que la existencia de un contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es una cuestión fáctica, reservada a la instancia. La falta de uso y disfrute de la vivienda ha provocado en la parte recurrida una disminución económica, valorada en ochocientas cincuenta mil pesetas. Es decir, ha habido una actuación omisiva que ha producido unos perjuicios económicos unidos a la anterior a través de un nexo causal eficiente.

RETRACTO.—LA INQUILINANOTIFICADA DE LA VENTA DE UN PISO QUE EJERCITA SU DERECHO DE RETRACTO, DENTRO DE PLAZO, NO ESTA OBLIGADA A APORTAR EL MAYOR PRECIO QUE, ADMITIDA LA DEMANDA, LOS PRIMITIVOS CONTRATANTES ACUERDEN. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2000.)

El Juzgado número 8 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. Dice la recurrente que se ha acreditado que pagó por el piso siete millones de pesetas en dos plazos: tres el día 27 de febrero de 1995, y cuatro millones el 20 de abril del mismo año, y si la doctrina de la Sala es que el retracto ha de tener lugar por el precio real, debe casarse la sentencia anterior. La realidad es que se otorgó, el 27 de febrero de 1995, una escritura en la que se vendió el piso por tres millones, lo cual se notificó a la inquilina, que ejercitó su derecho de retracto en 19 de abril, fecha de admisión de la demanda, pero después se otorgó otra el 20 de abril, en la que la compradora pagó a la vendedora cuatro millones, ya que aquella había manifestado solicitar la rescisión por lesión *ultra dimidium*, conforme a la legislación catalana. Pero no se trata de ocultar el precio por el que se quiere retraer, sino si la inquilina, notificada de la venta de su piso, que ejercita dentro de plazo su derecho de retracto con arreglo a la notificación de la venta, está obligada a soportar el mayor precio que, una vez admitida la demanda, los primitivos contratantes acuerden. Ejercitado el retracto por la inquilina, no hay ningún precepto que la obligue a soportar los efectos de los pactos de comprador y vendedor, bajo pretexto de que el precio real no era el que se le notificó, sino el que, después de admitida la demanda, se ha pagado además del primero.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

FILIACIÓN PATERNA EXTRAMATRIMONIAL. NEGATIVA A LA PRACTICA DE PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIAS DE 18 DE MAYO Y 20 Y 26 DE JULIO DE 2001.)

La ejecución material de la prueba biológica no supone ningún ataque a la intimidad de la persona ni viola los derechos fundamentales y la negativa a someterse a ella, aunque no implica *ficta confessio*, revela un indicio intenso que tiene en sí mismo un valor cualificado y que cuando acontecen otros hechos demostrados permite alcanzar la decisión estimatoria de la filiación reclamada.

(SENTENCIAS DE 20 DE JULIO DE 2001, 20 DE MAYO DE 2001 y 27 DE NOVIEMBRE DE 2001).

La negativa a la práctica de las pruebas biológicas, por sí sola, no implica *ficta confessio* ni basta para acreditar la paternidad, sino que es necesaria la existencia de otros medios de prueba o indicios que revelen la razorable posibilidad de unión carnal al tiempo de la concepción.

(SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 2001).

La prueba de haber existido relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna en contrario, unida a la injustificada negativa a someterse a pruebas biológicas, lleva a la afirmación de la paternidad reclamada.

Estas sentencias reproducen una copiosa y reiteradísima jurisprudencia (entre las más recientes: sentencias de 2-2-1992, 8-5-1995, 22-3-1996, 24-6-1996, 11-5 y 20-6-1999, 25-7 y 20-6-2000) que establecen la consecuencia de la injustificada negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. Resulta por demás curioso que sigan esgrimiendo los letrados de los recurrentes argumentos que de antemano deben saber que no van a ser compartidos por el supremo órgano judicial.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRUEBA BIOLÓGICA. POSESIÓN DE ESTADO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

La investigación indiscriminada de paternidad no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

El supuesto padre de la menor solicita «se declare, si ello resulta de las pruebas biológicas, su paternidad con respecto a la menor C. P. R. Alternativamente, para el supuesto de que las pruebas biológicas dieran resultado negativo, se declare que el actor es el padre de dicho menor».

Acordado el sobreseimiento por el Juzgado de 1.ª Instancia de Peñarroya-Pueblonuevo, y confirmado por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de

Córdoba, debido a no haber presentado el actor en el plazo que se le concedió pruebas de lo solicitado en su demanda, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación, toda vez que «no se aportan datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertan determinadas pruebas que acrediten la razonabilidad de la pretensión», y «los hechos alegados en la demanda carecen en absoluto, no sólo de la mínima constatación, sino incluso de cualquier principio de prueba»; «si bien la Ley permite la investigación de la paternidad, no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resultaría perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo». Y en el presente caso se ha producido una absoluta carencia de toda posesión de estado en el actor, «a todo lo cual ha de añadirse, además, la protección del interés del menor que no pueda dañarse por la alteración de pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor». De esto último parece deducirse que la menor estaba adoptada o en situación estable familiar.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2001.)

La cuantía de los alimentos, cuando no se haya concretado por la actora, queda sometida a la decisión fundada del Juzgador.

Declarada la paternidad e imponiendo al padre demandado la obligación de pagar cuarenta mil pesetas mensuales en concepto de alimentos a favor de la hija menor por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 13, de Madrid, y confirmada su decisión por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación, pues estima que basta la petición genérica de alimentos sin necesidad de concretar su cuantía para que ésta pueda ser determinada por el Tribunal de Instancia, lo que no impide su revisión a petición de parte interesada, tan pronto como hayan cambiado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para su fijación.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. APELLIDOS. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2001.)

La exclusión del apellido paterno precisa oposición del progenitor o petición del hijo o su representante legal.

Declarada la paternidad por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 26, de Madrid, y que, en consecuencia, el menor ostentará en lo sucesivo los primeros apellidos del padre y de la madre, por este orden, y confirmada tal decisión por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Ramón Vázquez Sandes, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre, basado en que no se había solicitado nada relativo a los apellidos en la demanda. Frente a lo cual, el más Alto Tribunal estima que no es suficiente el silencio, sino que debía haberse formulado oposición expresa.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.
(SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2002.)

Cuando la madre reclama la filiación extramatrimonial de un hijo comprendido en el supuesto de la presunción que establece el artículo 116 del Código Civil, resulta imprescindible la presencia en autos del marido de la actora.

Solicitada por la madre que se declarase la paternidad extramatrimonial sin que en el procedimiento haya sido parte el marido de la actora, estimada la demanda por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 7, de Almería, y confirmada la sentencia por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de esa ciudad, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara haber lugar al recurso de casación, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar en el fondo del asunto revoca la sentencia del Juzgado.

MENOR DE EDAD. PATRIA POTESTAD Y GUARDA LEGAL. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2001.)

Es compatible la atribución de la patria potestad a la madre con la guarda y custodia de la menor a los abuelos maternos.

Decretada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 1, de Manacor, la guarda y custodia de la menor de siete años a favor de su madre, a quien correspondía la patria potestad, y revocada dicha sentencia por la de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el sentido de que aún reconociendo que la patria potestad corresponde a la madre, la guarda y custodia se confía a los abuelos maternos, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José de Asís Garrote, desestima el recurso de casación interpuesto, basando su decisión en que el Tribunal de Instancia ha hecho uso de las facultades concedidas al Juez en el artículo 158 del Código Civil, a instancia de los parientes de la menor, en especial las que se refieren a la adopción de las medidas contenidas en los números 1.^o y 3.^o del referido artículo, debido a las circunstancias vividas por la menor a consecuencia de la inestabilidad que padece su madre.

Comentario.—Con buen criterio distingue el Tribunal Supremo entre el derecho de representación de la menor, la administración de sus bienes y las decisiones que no sean las cotidianas de la vida ordinaria, como son las que hayan de tomarse en caso de una enfermedad grave de la menor o en supuesto de elección de estudios, etc., que corresponden a la madre cuando no ha quedado debidamente acreditado en autos la existencia de un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que justifique la privación total o parcial de dicha potestad, y la guarda y custodia de la menor que se atribuye temporalmente a los abuelos maternos, valorando los informes de los psicólogos conforme al interés del menor.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. DURACIÓN DE LA ACCIÓN. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2002.)

La acción de reclamación de filiación corresponde al hijo durante toda su vida.

Declarada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Ecija, la paternidad extramatrimonial a favor de cinco hijos, y confirmada la sentencia por la de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Clemente Auger Liñán, declara no haber lugar al recurso de casación, afirmando que la acción de reclamación de filiación corresponde al hijo durante toda su vida, incluso fallecido el padre, siendo constitucional cualquier restricción impuesta al anteriormente denominado hijo ilegítimo o adulterino, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley 13/1981, imponiendo un trato igual entre la acción de reclamación de los hijos legítimos y de los ilegítimos naturales, lo que con mucha más razón es trasladable a los hijos ilegítimos no naturales o adulterinos, por lo que la ley aplicable a las acciones de reclamación de paternidad sería precisamente el artículo 118, resultando pues, evidente, que la acción nunca habría caducado, en aplicación de la Disposición Transitoria 7.^a de la Ley 13/1981.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

El derecho a la libre investigación de la paternidad no es absoluto sino que tiene límites.

Recurrida por el actor la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, que había revocado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de dicha ciudad, en cuanto a la excepción, estimada por éste, de falta de legitimación activa, y desestimando la demanda en cuanto al fondo, basándose el recurso de casación en no haberse practicado la prueba biológica de paternidad propuesta por el recurrente y admitida por la Sala, 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 porque estima que dicha falta de práctica de la prueba biológica se debió a causas justificadas, por la imposibilidad de localizar al presunto padre biológico y los hijos, sin que deba llevarse a límites extremos el derecho a la libre investigación de la paternidad, que no es absoluto sino que tiene límites, como puede ser el interés superior del niño, amparado en el artículo 9-1 de la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, sobre todo cuando en caso de mayoría de edad, como en el presente caso, los hijos pueden ejercer las acciones de reconocimiento procedentes.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

Estimada la demanda por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 18, de Valencia, y confirmada por la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación, estimando que la falta de práctica de la prueba biológica se debió a la imposibilidad de recibir la citación personal al padre, a pesar de los cuatro intentos

practicados, sin que sus familiares, entre ellos su propio hermano, quisieran hacerse cargo de la documentación pertinente, por lo que es procedente aplicar el artículo 271-2 de la LEC, añadido tras la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, conforme al cual las citaciones de los que, siendo parte en el proceso, estuvieren representados por Procurador, se harán por medio de éste.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, no puede ser violado por la investigación de la paternidad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Ramón Vázquez Sandes, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia, número 3, de Baracaldo, pues la negativa a la práctica de la prueba biológica deja abierto el camino a la Sala para la valoración de los demás elementos probatorios.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Es posible acumular las acciones de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos, pues no son incompatibles.

La actora, en presentación de su hija menor, formuló demanda instando la declaración de paternidad y la pensión de 50.000 pesetas mensuales por alimentos. El Juzgado de 1.ª Instancia, número 1, de Sevilla, declaró la paternidad no matrimonial y denegó la pensión alimenticia. Apelada la sentencia por el demandado y adherida la actora, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó la apelación del demandado y acogió en parte la de la actora, confirmando la paternidad y declarando el pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación.

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. POSESIÓN DE ESTADO. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2002.)

El padre biológico está legitimado para reclamar la filiación extramatrimonial, aunque falte la posesión de estado.

Ejercitada demanda de reclamación de filiación no matrimonial por quien decía ser el padre del menor, dirigida contra la madre y estimada tanto en la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5, de Baracaldo, como en la de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Marín Casta, declara no haber lugar al recurso de casación en base a una interpretación flexible del artículo 133 del Código Civil, consagrada ya jurisprudencialmente conforme se expresa a continuación.

Así, la sentencia de 24 de junio de 1996 (recurso 3379/92), anterior en unos días a la recurrida en casación, declaró lo siguiente: «Sin embargo, la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos en que no haya "posesión de estado", el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones, mantiene que parece ser que esa interpretación literal, por el juego de los artículos 134 y 133, demuestran que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general, al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133, que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113-2.º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de enero y 23 de febrero de 1990, que decía: "La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su sentencia de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución Española, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia". Por tales razones debe estimarse que está legitimado quien funda su acción en su condición de progenitor para reclamar la paternidad y, en consecuencia, ha de acogerse el motivo».

En los años posteriores tal interpretación se ha mantenido sin fisuras y en la actualidad puede citarse como ejemplo especialmente representativo de la jurisprudencia al respecto, la sentencia de 20 de junio de 2000 (recurso núm. 2392/98), cuando en su Fundamento Jurídico primero declara lo siguiente: «La jurisprudencia más reciente de esta Sala consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134, que ya habían iniciado las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991, para llegar a la doctrina contenida en las últimas sentencias de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil, que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible, y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación de padre biológico y que le es negado en la sentencia recurrida.

La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que, a la larga, suele cobrar su tributo, siempre negativo, y sin perjuicio de que, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, a lo que le autoriza los artículos 137 y 140 del Código Civil».

MENOR DE EDAD. DESAMPARO. ACOGIMIENTO. TUTELA PUBLICA. ARTICULO 172.1 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El quebrantamiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad justifica la tutela del Estado a través de la institución pública correspondiente.

La sentencia recurrida considera como hechos probados que en el mes de agosto de 1991 fue constituida la tutela de los menores Raúl, David y Elena por la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por su madre, quien el 28 de agosto de 1991, en comparecencia ante la Comisión demandada en este pleito, manifestó su conformidad en que la Comunidad Autónoma de Madrid asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos y por existir sospechas de drogadicción de los niños.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Román García Várela, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre de los menores contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 29 de la capital.

PATRIA POTESTAD. DERECHO DE VISITA AL HIJO MENOR. ARTÍCULOS 92, PÁRRAFO 2.º, Y 94 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2002.)

El derecho de comunicación ha de llevarse a efecto del modo más ventajoso para el menor.

Modificado por la Audiencia el régimen de visitas establecido por el Juzgado a favor del padre, en el sentido de acordar en trámite de ejecución de la sentencia la posibilidad de que el menor pueda pernoctar con su padre, a la vista de la evolución de la relación entre ambos (padre e hijo) y el deseo que al respecto pueda ir expresando el repetido hijo, y recurrida dicha modificación por la madre, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, desestima el recurso de casación.

TUTELA. SITUACIÓN DE DESAMPARO. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2001.)

Acordada la tutela de la menor por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid en vista de que sus padres, aparte de habitar una vivienda en mal estado, eran consumidores de alcohol y por sus desavenencias matrimoniales tenían a su hija en situación de desamparo, la madre demandó a la citada Consejería en base a que habían cesado los motivos por los que se la privó de la guarda y custodia de su hija. El Juzgado de 1.^a Instancia, número 28, de Madrid, desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, desestima el recurso de casación interpuesto por la madre, manteniendo la valoración de la prueba hecha por la Audiencia frente a las alegaciones en contrario de la recurrente.

TUTELA. EXAMEN DEL INCAPAZ. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2001.)

Es necesario que el Tribunal de Apelación que declare o agrave la incapacidad de una persona, modificando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, examine por sí mismo el presunto incapaz.

Promovida por el Ministerio Fiscal la incapacitación, el Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Vigo, declaró la incapacidad parcial de doña C. S. A., solamente en el aspecto de disposiciones de los bienes por actos entre vivos en las cantidades que superen las 150.000 pesetas mensuales, o de enajenación contractual por cantidad superior a aquella; para el supuesto de decidir algún acto de ese tipo que supere aquella cifra deberá solicitar la consiguiente autorización de la autoridad judicial, nombrando, además, tutor a la incapaz.

La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra estimó el recurso de apelación y declaró la incapacidad total de doña C. S. A. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, estima el recurso de casación interpuesto por la presunta incapaz y dispone sean repuestas las actuaciones al estado y momento anterior al pronunciamiento de la sentencia para que se practique el examen personal de la demandada, recurrente en casación, conforme a los siguientes fundamentos:

A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al art. 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar, por sí mismos, al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad. B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar, que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución Española. C) En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado, constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación. D) Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como resume la sentencia de 9 de junio de 1997, el examen personal del presunto incapaz constituye un ineludible deber de alcance constitucional que se aplica no sólo al Juez, sino, aún cuando literalmente no lo diga el artículo 208 del Código Civil, al Tribunal que declara el estado civil de incapacitación, el cual puede formar una opinión distinta a la del Juez, pero no sin haber examinado al demandado si considera que debe declarar su incapacidad o, como en el presente supuesto sucede, si entiende que ha de incrementar la gradación de la misma, convirtiendo en total la que el Juzgador de primera instancia había considerado únicamente parcial.

Comentario.—Aunque los términos literales de la sentencia se refiere al caso en que la Audiencia «considera que debe declarar la incapacidad o, como en el presente supuesto sucede, si entiende que ha de incrementar la gradación de la misma», parece que idéntica exigencia ha de entenderse cuando se trate de declarar la capacidad, por cuanto sigue siendo materia de orden público, y la declaración de capacidad puede ser igualmente grave. Pensemos en cualquier desafuero cometido por la persona cuya capacidad declaró la Audiencia, revocando la sentencia declaratoria de la incapacidad efectuada por el Juzgado. Entre líneas, así puede entenderse la sentencia, siendo lo transcrito a mayor abundamiento y en relación con el supuesto de hecho que la motiva.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

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

LA DECLARACIÓN DE RUINA DE UN EDIFICIO NO OBLIGA A LA RECONSTRUCCIÓN, PERO SON INDEMNIZABLES LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL INQUILINO QUE TIENE QUE ABANDONAR LA VIVIENDA POR NO HABER EFECTUADO EL ARRENDADOR A SU TIEMPO LAS OBRAS NECESARIAS. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

La cuestión de fondo hay que buscarla en la obligación del arrendador de vivienda de realizar las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda arrendada en estado de servir para el uso que le corresponde (arts. 1.101 y 1.154 del Código Civil y 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964).

En el caso de autos, el contrato de inquilinato se extinguió al producirse el desahucio por causa de ruina, teniendo que abandonar la inquilina la vivienda al producirse la ruina del mismo, que fue declarada «inminente» por el Ayuntamiento.

La desaparición del objeto arrendaticio por ruina es equiparable a la destrucción cuando la reconstrucción exija la realización de obras cuyo coste exceda del 50 por 100 del valor real de la cosa arrendada (SSTS de 22 de noviembre de 1974 y 20 de febrero de 1975).

El asunto que se plantea realmente es el de si el estado ruinoso se ha producido como consecuencia de no haberse efectuado las reparaciones necesarias, de modo que el edificio ha ido deteriorándose hasta llegar al estado de ruina. El proceder negligente de la parte arrendadora ha propiciado o, cuando menos, facilitado, este estado. Según un informe técnico, encargado por los inquilinos, las obras que debían hacerse eran de pequeña entidad en relación con el total del inmueble y, si se hubieran realizado, se hubiera evitado la posterior ruina.

Los inquilinos habían demandado en numerosas ocasiones a los propietarios anteriores el arreglo de los desperfectos y, ante el caso omiso de los arrendadores, pusieron los hechos en conocimiento de diversos organismos oficiales.

La indemnización de daños y perjuicios reclamada por la inquilina, de unos nueve millones y medio de pesetas, tanto al Juzgado como, posteriormente, a la Audiencia, fue desestimada imponiéndole, además, las costas a la parte actora.

El Supremo, por el contrario, declaró haber lugar al recurso de casación, anuló la sentencia recurrida y condenó a pagar a la parte arrendadora casi cinco millones de pesetas, debiendo abonar cada parte sus costas.

El proceder del Tribunal Supremo tiene su base en la estimación del motivo en el que se alega la doctrina recogida en la sentencia del mismo Tribunal, de 11 de marzo de 2002, pues admitir lo contrario llevaría a la burla de las obligaciones impuestas al arrendador en el artículo 1.554-2.º y 3.º del Código Civil, ya que «bastaría su pasividad para dejar que el edificio llegue al estado de ruina y como su desaparición requeriría la reconstrucción, el arrendador no tendría ninguna obligación. Tampoco les exime a los demandados su vetustez, pues si lo

adquirieron con arrendatarios que siguieron manteniendo, debieron ser conscientes de las responsabilidades que asumían, sin que el incumplimiento de sus obligaciones por arrendadores anteriores les pueda servir de pretexto para proseguir en la inactividad y dejar que el edificio se siga deteriorando para extinguir por la vía de la declaración de ruina los arrendamientos. La obligación de conservar no admite divisiones parciales por su propia naturaleza, de modo que cada arrendador de la cadena de los que se van sucediendo tenga que conservar a partir del momento en que es titular del inmueble, y sólo de aquello que lo necesite desde entonces: la necesidad de la reparación de lo anterior sería el presupuesto necesario».

LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA SOLIDARIDAD IMPROPIA DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LA FALTA DE VALLA PROTECTORA EN AUTOVÍA ES CONSTITUTIVA DE CONDUCTA NEGLIGENTE A CARGO DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

La Audiencia Provincial de Málaga condenó solidariamente a la Administración del Estado y al propietario de los caballos que estaban en una autovía por los daños sufridos como consecuencia del accidente automovilístico que se produjo.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Obras Públicas.

El vehículo colisionó con un caballo que se encontraba en la autovía, habiendo dejado el automóvil en la calzada las huellas de la frenada. La autovía carecía de alameda de separación que se ha puesto después del accidente. En el proyecto figuraba un cierre que no llegó a ponerse cuando ya había entrado en funcionamiento la autovía, lo que, no cabe duda de que comportó un riesgo que no hubiera sucedido si se hubieran finalizado todos los trabajos accesorios antes de entrar en funcionamiento. En consecuencia, es responsable el propietario del animal, así como el Estado respecto a la autovía.

Dice el Supremo que la más reciente jurisprudencia (entre otras sentencias se encuentra la de 3 de diciembre de 1998) establece una «doctrina de la solidaridad impropia derivada de la responsabilidad extracontractual, basada en la necesidad de salvaguardar el interés social en estos supuestos, cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad».

Sobre el artículo 1.902 del Código Civil se recoge en la sentencia el siguiente comentario: la jurisprudencia permanece fiel a la doctrina de la culpa como elemento justificativo de la responsabilidad civil, sin embargo hay una tendencia a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpabilístico puro, ya que, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume, máxime cuando se identifica la negligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita prevención de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento.

Las razones anteriores bastan para considerar que en el accidente del caso de autos se dieron los clásicos requisitos que generan la responsabilidad extracontractual (acción u omisión culposa o negligente, resultado dañoso y adecuada y suficiente relación de causalidad entre uno y otro).

RESPONSABILIDAD MEDICA.—NEGLIGENCIA MEDICA, INCUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS. (Sentencia de 4 de junio de 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Parte de la doctrina clásica de considerar la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales sanitarios como obligación de «medios» y no de «resultados».

La enferma padecía un tumor mucoepidermoide en las glándulas salivares del tamaño de una naranja pequeña. Se le extirpó el tumor maligno y sus ramificaciones en una intervención realizada con éxito y totalmente acertada en cuanto al diagnóstico, posteriormente confirmado. El problema surge como consecuencia de ordenar a la paciente reconocimientos médicos quincenales, cuando lo adecuado y pertinente hubiera sido la aplicación de radioterapia sobre la zona afectada sin esperar a hacerlo dos meses más tarde, combatiendo así las posibles recurrencias que se produjeron y que condujeron a la muerte de la paciente.

Se produjo un incumplimiento de la *lex artis*, ya que lo correcto hubiera sido aplicar radioterapia a la zona afectada.

RESPONSABILIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

En el caso de autos, la paciente sufrió la pérdida de visión del ojo izquierdo tras ser operada de cataratas, por lo que demandó al médico que realizó la intervención, al Instituto Nacional de la Salud, del que dependía el centro médico, y a la Compañía aseguradora de éste. El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó en parte la demanda. El Supremo anuló la sentencia y la sustituyó por la de primera instancia.

El Juzgado dice que lo que originó la pérdida de visión en el ojo izquierdo fue consecuencia de un infarto del nervio óptico en el post-operatorio. Este hecho no es previsible, por lo que excluye la causalidad, teniendo la consideración de caso fortuito o fuerza mayor. La Audiencia destaca que no hubo consentimiento expreso de la paciente en el tratamiento recibido ni información de los posibles efectos de la intervención quirúrgica que, en una persona de la edad de la paciente, puede relacionarse con patología vascular (arterioesclerosis) que dificulta el riego sanguíneo y formación de émbolos (trombosis) que lo obstruyen.

El asunto de fondo es tratar de averiguar si existe nexo causal entre la actividad médica y el daño. Si la actuación del médico fue correcta, se trata de un caso de fuerza mayor que elimina el nexo causal.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE LABORAL. INTEGRACIÓN DEL FACTUM. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Doña Josefa S. E. formuló demanda, en juicio de menor cuantía, sobre indemnización por los daños y perjuicios contra don José Luis M. L. y don J. Constantino N. SL.

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco, de Lugo, dictó sentencia el 23 de mayo de 1996, estimando en parte la demanda.

La Audiencia Provincial de Lugo (Sección quinta) dictó sentencia con fecha 14 de noviembre de 1996, desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Accidente mortal de un obrero cuando realizaba tareas en la construcción de un edificio, como consecuencia de precipitarse al vacío desde un andamiado de borriquetas de madera, e impactar su cuerpo contra el suelo.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso se funda en la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial:

...la sentencia recurrida resulta en cierto sentido sorprendente, ...se vienen a adoptar decisiones contradictorias para decretar la desestimación de la demanda, en base sobre todo a la cualificación profesional del fallecido, en el que, por su condición de oficial de primera, se delega por completo la función de prever y asumir el riesgo que suponía el desarrollar un trabajo a considerable altura y en vuelo desde la calle, lo que no aceptamos, en razón de la concepción jurisprudencial del riesgo, ya que quien lo instauró, como aquí sucede, no fue el operario, sino la empresa constructora demandada.

Integra el riesgo, en este caso gran riesgo, la contingencia, posibilidad y proximidad de un daño, al estar representado por un peligro potencial que no resulta desconocido, y si bien la víctima podía alcanzarlo o, al intuirlo, no se trata de efectiva asunción plena y unilateral, sino más bien que quiso realizar su trabajo en las condiciones en que se presentaba o ante esta situación no resulta por completo ajena la empresa, que es... la que crea el riesgo y por ello resultaba titular del mismo, del que resulta un beneficio económico, con lo que resulta cooperadora del siniestro, pues el riesgo resultaba notorio, y en todo caso imponía adoptar todas las medidas de precaución disponibles, incluso superando las reglamentarias, a fin de que el andamio resultase lo más seguro posible..., lo que exigía la asistencia técnica, control y vigilancia a cargo de la empresa, que omitió al tiempo del suceso y así lo pone de manifiesto el acta ...levantada por la Inspección de Trabajo, ...al calificar como muy grave la infracción cometida.

A su vez, resulta probado que el trabajador estaba situado en el andamio sin las debidas condiciones de seguridad, por insuficiencia de protección. Lo expuesto y siguiendo lo que debió ser lógica jurídica correcta a emplear en la sentencia recurrida, al aceptar los hechos probados fijados por el Juez de Primera Instancia, imponen la necesidad de integrar el factum, conforme a lo que se deja expuesto por permitirlo la doctrina de esta Sala cuando se da insuficiente explicación o la expuesta no es la adecuada y se trata de hechos de influencia notoria en el fallo (sentencias de 18-3 de 1987, 8-10 de 1998, 8-2, 3-10 y 4-11 de 1991, 8-10, 21-12 de 1993, 25-3 de 1996 y 27-2 de 1998). Esto es lo que aquí ocurre.

Además, sienta como hechos probados que eleva a la categoría de decisivos para desestimar la demanda, que la víctima contaba con puntales que le permitían la colocación de barandillas adicionales, prescindiendo de las mismas. *Se trata de razones insuficientes y que más bien ponen de manifiesto omisiones graves imputables a la empresa, por su falta de control y vigilancia, que la hacen acreedora de un reproche culpabilístico, ya que tales datos sólo procede tenerlos en cuenta para decretar la cooperación de la víctima en el accidente, que por ello alcanza la situación de concurrencia de culpas.*

Procede acoger el motivo y casar la sentencia confirmando la pronunciada por el Juez, número uno, de Lugo, de 23 de mayo de 1996, sin expresa declaración de las costas de casación ni de las causadas en las dos instancias.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE LABORAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: INAPLICABILIDAD A LOS PROCESOS CIVILES POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Doña María L. C. y don Víctor María G. L. (viuda e hijo del trabajador fallecido) formulan demanda, en juicio de menor cuantía, sobre indemnización por los daños y perjuicios por culpa extracontractual contra Vinialcoholera de Badajoz, S. A., don José M. G. y don Adolfo P. R. J.

El Juzgado de Primera Instancia, número uno, de Almendralejo, dictó sentencia el 9 de enero de 1996, desestimando la demanda por considerar prescrita la acción.

La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección primera) dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 1996, rechazando la prescripción y estimando parcialmente la demanda, condena solidariamente a los demandados a indemnizar a los demandantes, si bien rebajando la cantidad solicitada por éstos al apreciar el Tribunal contribución causal de la propia víctima al resultado dañoso en proporción al 30 por 100.

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

Hechos.—Fallecimiento por accidente laboral de un trabajador al quedar atrapado por un máquina.

Doctrina de la Sentencia.—Los dos recursos de casación a examinar son interpuestos contra la misma sentencia de apelación. En ellos se someten a la consideración de la Sala las tres cuestiones siguientes: prescripción de la acción, la subsunción de hechos en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil e imputación de quien, demandado como gerente de la empresa, ha interpuesto su recurso de casación por separado.

A combatir el rechazo de la prescripción de la acción se dedica el motivo primero de cada uno de los dos recursos, citando como infringido el artículo 1.968-2.º del C. Motivos que han de ser desestimados. Si *la decisión del Tribunal de Segunda Instancia, denegatoria de la prescripción, contaba con base en la omisión de acciones al perjudicado que contaba con un importante apoyo en las sentencias del Tribunal Constitucional números 196/88 y 220/93 y en la de esta Sala, de 25 de marzo de 1996, expresamente citadas en la sentencia recurrida*, después de dictarse ésta no se ha venido sino a avanzarse en la misma línea

de que la omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal y en su caso, además, la de la notificación del auto de archivo, no puede ir en detrimento de los perjudicados en el sentido de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales doctrina del Tribunal Constitucional.

El motivo segundo y último del recurso interpuesto conjuntamente por la empresa y su encargado general y el motivo segundo del otro recurso combaten la subsunción de hechos en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, por entender que se debieron a la culpa exclusiva del trabajador. *Es jurisprudencia constante de esta Sala que puede revisarse en casación los juicios de valor sobre la culpa del demandado o demandados y sobre el nexo causal entre acción u omisión y daño, pero no las declaraciones puramente de hecho sobre la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión ni la realidad y cuantía del daño causado (sentencia del Tribunal Supremo de 31-1-1997, en recurso 786/93; 26-2-1998, en recurso 86/96, y 4-6-2001, en recurso 1071/96, entre otras muchas).* Los juicios de valor del Tribunal de Instancia sobre culpa y nexo causal se ajustan plenamente al sentido del artículo 1.902 del Código Civil, y por tanto los motivos que se examinan han de ser desestimados, ya que el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo del cuidado consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos, deber objetivo incumplido en el caso examinado, no sólo por la indebida forma en que se remediaba la frecuente paralización de la cinta transportadora, que era algo habitual en la vida diaria de la empresa, que redundaba en provecho de ésta, sino también porque al no estar dotada de un interruptor cercano no hacía sino que aumentar la inseguridad.

Por último, procede examinar los motivos tercero, cuarto y quinto, por quien fue demandado como gerente de la empresa. Los tres tienden a la exoneración del demandado recurrente bajo los argumentos de que era un empleado más de la empresa, alegando presunción de inocencia y derecho de igualdad. Motivos que han de ser rechazados por las siguientes razones, entre las que cabe destacar: *la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 de la Constitución no es, por regla general, aplicable al ámbito del proceso civil, siendo doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala, más concretamente, que no opera en los procesos civiles sobre culpa extracontractual (sentencias del TC 367/93 y 59/96 y sentencias del TS de 23-3-1993, en recurso 1919/90; 19-6-1997, en recurso 1746/93; 8-7-97, en recurso 1959/93; 20-10-1997, en recurso 2789/93, y 12-6-1998, en recurso 26/94).*

Tampoco el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, puede conducir al efecto que pretende este recurrente, *no sólo porque la solidaridad que rige en esta materia sitúa al demandado en el trance de exonerarle porque su acción y omisión no sean incardinables en el artículo 1.902 del Código Civil, sin que haya lugar, por tanto, a proponer litis pasivo necesario ni a exonerarse totalmente por la hipotética contribución al daño de otros sujetos no demandados, no se aporta ninguna sentencia que sirva de término de comparación y, sí son muchas las sentencias de esta Sala que compatibilizan en casos similares al aquí examinado, la culpa de la empresa con la de alguno de sus empleados que tengan poderes de dirección sobre el trabajador que sufra el daño (así, sentencia del TS de 12-6-2000, en recurso 2399/95; 20-9-2002, en recurso 1767/96; 2-7-2001, en recurso 1464/96, y 13-12-2001, en recurso 2375/96).*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE FERROVIARIO. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Don Miguel B. G., doña María-Aránzazu y doña Amaya B. I., así como don Javier Z. I., doña Edurne y don Miguel Z. I., formulan demanda en juicio de menor cuantía, sobre indemnización por los daños y perjuicios por culpa extracontractual, contra RENFE y don Ramón M. C.

El Juzgado de Primera Instancia, número tres, de Tolosa, dictó sentencia el 13 de noviembre de 1995, desestimando la demanda.

La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección segunda) dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1996, estimando la demanda.

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

Hechos.—Fallecimiento por accidente ferroviario de dos personas al ser arrolladas por un tren-tranvía en un paso a nivel.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación contra la sentencia del grado de apelación se integró con tres motivos, de los que destacamos:

El primero: Infracción del artículo 120-3 de la Constitución, 372 de la LEC y 248-3 de la LEC. El Ministerio Fiscal se opuso a la admisión de este motivo, por considerar que existe de falta de motivación a la sentencia recurrida por ausencia de fundamentación jurídica. La motivación de las sentencias es una garantía para el justiciable, elevada a rango de derecho constitucional, según el artículo 120-3 de nuestra Constitución. *La inmotivación decisoria sí cabe apreciarla cuando la sentencia carece de mínimas razones para dictar fallo resolutorio o como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de marzo de 2000, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de la norma, la solución dada al caso no es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y responde más bien a una actuación arbitraria.*

El tercero: infracción de los artículos 1.902 y 1.903 en relación al 1.104 del Código Civil, al amparo del número 4.º del precepto procesal 1692 al entender 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 el lugar del accidente, ubicado en núcleo urbano, y que era utilizado como paso por la gente, lo que una elemental previsión, al margen de norma y reglamento, le imponía necesariamente circular con la adecuada precaución para poder frenar ante cualquier evento.

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. *...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 obligados a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles en la 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 en estos supuestos se presenta muy intenso y del todo previsible...

...también... Sentencia de 23 de marzo de 1996, de 24 de diciembre de 1992, al considerar que el accidente pudo ser evitado, tanto con la eliminación de lo que estructuralmente representaba situación peligrosa por sí, como 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), concurrentes en el caso particular. En igual sentido, sentencias de 8 de mayo de 1995 y las de 14 de junio de 1996.

CULPA CONTRACTUAL. MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. NO PROCEDE ANTE UN INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

L'Abeille Previsora Riesgos Diversos, S. A., formuló demanda en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad como indemnización de los daños y perjuicios, consecuencia de un robo, contra «*Micro Electrónica Más, S. A.*» y «*Banco Vitalicio de España. Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*», reclamación que se funda en el incumplimiento de la codemanda de las obligaciones derivadas del contrato de vigilancia.

El Juzgado de Primera Instancia, número dos, de Granollers, dictó sentencia el 16 de noviembre de 1994, desestimando la demanda.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección decimosexta) dictó sentencia con fecha 12 de julio de 1997, estimando parcialmente la demanda.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Entre las 19,15 horas del día 19 y las 4,15 horas del día 21 de noviembre de 1993, autores desconocidos sustrajeron del almacén BON MARCAT, diversos objetos, causando daños y desperfectos al forzar la chapa de la parte trasera y el tabique, penetrando en el interior del mismo. Asimismo arrancaron del exterior cajas de alarma, cortaron los cables de la línea telefónica y destruyeron el transmisor de radio situado en el almacén, a las 1,59 horas del día 20 de noviembre se recibió en la central de la empresa de seguridad MICRO Electrónica Más, S. A., una señal de disparo de la alarma en las barreras exteriores de la parte trasera de la nave, tanto por vía radio como telefónica.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso de casación interpuesto por la sociedad actora se divide en dos submotivos: el primero alega infracción de los artículos 1.091, 1.101, 1.106 y 1.258 del Código Civil, por no aplicación, y del artículo 1.103 por aplicación indebida; el submotivo segundo invoca aplicación errónea de los artículos 1.103 y 1.104 del Código Civil, ambos son objeto de tratamiento conjunto, dada su estrecha relación.

La tesis recurrente sostiene que no es, como entiende la sentencia recurrida, que MICRO Electrónica Más, S. A., haya incumplido de modo inadecuado el contrato suscrito con BON MARCAT, S. A., sino que lo ha incumplido totalmente, por lo que no procede la moderación de la indemnización que lleva a cabo la Sala de Instancia. A través de la función valorativa de la prueba, el informe pericial practicado en la segunda instancia afirma que las señales recibidas en la madrugada del día 20-11-93, no podían tener otra significación que la de alerta, ...estima la Sala que existe, al menos, cierta responsabilidad de la empresa de seguridad por el inadecuado cumplimiento del contrato concertado con BON MARCAT.

De acuerdo con las sentencias de 30 de octubre de 1998 y 10 de marzo y 22 de julio de 2000, es reiterada la doctrina que proclama que la declaración sobre cumplimiento o incumplimiento de las relaciones contractuales es cuestión fáctica, cuando depende de que haya realizado u omitido determinados actos, pero también presenta cuestión de derecho, al atenderse a la trascendencia o significación jurídica de los actos ejecutados (sentencia de 7 de junio de 1991, que cita las de 21 de junio de 1968, 8 de octubre de 1980, 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988 y 21 de julio de 1990)... esta Sala no puede compartir la calificación que de la misma hace la sentencia recurrida de inadecuado incumplimiento de contrato, ya que se trata de una omisión total.

Entrando en el examen del uso que la Sala de instancia hace de la facultad moderadora de la indemnización, ha de partirse de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, de 7 de noviembre de 2000, según la cual, «el inciso segundo del artículo 1.103 del Código Civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente, no sólo es aplicable cuando se da concurrencia de culpas de la víctima y del agente, sino también cuando sea procedente en atención a la entidad de la culpabilidad de la conducta de que se trata, pues no puede merecer el mismo reproche cuantitativo la total inactividad que la inadecuación o insuficiencia de las medidas adoptadas, por lo que la diversidad de circunstancias concurrentes habrá de valorarse con criterios valorativos de la buena fe y la equidad». La Sala a quo justifica la moderación de la indemnización con razones que carecen de la eficacia moderadora, las razones alegadas no excusan ni reducen la obligación de adoptar inmediatamente las prevenciones pactadas, al momento de recibir la señal de alerta. Todo ello, teniendo en cuenta que estamos ante un incumplimiento de contrato y no ante incumplimiento negligente o defectuoso. Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringe los preceptos legales invocados en los dos submotivos, en consecuencia han de ser estimados.

Por todo ello declaramos haber lugar al recurso de casación, revocando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de julio de 1996, y revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número dos, de Granollers, estimando la demanda formulada por L'Abeille Previsora Riesgos Diversos, S. A., contra «Micro Electrónica Más, S. A.» y «Banco Vitalicio de España. Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», condenando a las sociedades codemandadas a que abonen solidariamente a la actora la cantidad de once millones ochocientas mil ochenta pesetas más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Con expresa condena de las demandadas al pago, por mitad, de las costas de primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de primera instancia.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD MEDICA. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN. NEXO CAUSAL. MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Don Miguel Ángel P. R. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en concepto de reclamación de daños y perjuicios, contra el Hospital de la Seguridad Social «La Paz» (de la que desistió en el acto de la comparecencia previa), el Instituto Nacional de la Salud (Insalud) y el Ministerio de Sanidad y Consumo.

El Juzgado de Primera Instancia, número diecinueve, de Madrid, en sentencia de 17 de octubre de 1994, estimó la demanda sobre reclamación de cantidad, interpuesta por don Miguel Ángel P. R. contra el Insalud, absolviendo al Ministerio de Sanidad y Consumo y condenando al Insalud a pagar al actor la cantidad de 30.000.000 de pesetas en concepto de indemnización con imposición de costas a la parte demandada.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección novena) dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1997, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Tras sufrir un accidente de tráfico, don Miguel ingresa en el centro hospitalario «La Paz», dado su estado, es necesario aplicarle trece transfusiones, a consecuencia de las cuales se le produjo una hepatitis vírica post-transfusional con probabilidades de degenerar en cirrosis.

Doctrina de la Sentencia.—El primero de los motivos del recurso de casación alega infracción del artículo 1.698, número 2.º, en relación con el artículo 1.902, ambos del Código Civil, por entender que se ha producido la prescripción anual para ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual. El motivo se desestima. ...por la razón de que no consta la notificación del auto de archivo de las diligencias penales a la parte perjudicada demandante del proceso. La jurisprudencia ha sido muy reiterada en la doctrina de que la acción nace o la interrupción cesa, no por el archivo de las actuaciones penales sino por la notificación de éste a la parte perjudicada, que no aparece en el presente caso. Si no se ha producido la notificación, no ha comenzado la prescripción: sentencias de 25 marzo de 1996, 27 de mayo de 1997, 31 de diciembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 21 de septiembre de 1998.

El motivo segundo alega infracción de los artículos 1.104 y 1.253 del Código Civil, al considerar que no hay culpabilidad ni nexo causal... la sentencia de instancia declara como hecho probado, incólume en casación, en base a la prueba de presunciones, correctamente aplicada, que la hepatitis tuvo su causa en las transfusiones de sangre practicadas en el centro médico..., es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones. Hay, pues, nexo causal entre éstas y la enfermedad, de lo que deriva la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse éste, no se habría producido el daño. Así se ha mantenido por la jurisprudencia desde, entre otras y como más importantes, la de 14 de junio de 1984, hasta las más recientes de 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21

de enero de 2000, 9 de octubre de 2000 y 24 de enero 2002: «La interpretación progresiva del artículo 1.902 del Código Civil que lo ha adoptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo (la persona que provoca el riesgo que le reporta un beneficio debe asumir la responsabilidad si causa un daño: sentencia de 5 de diciembre de 1995, 8 de octubre de 1996, 12 de julio de 1999, 21 de marzo de 2000), yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un "reproche culpabilístico", aunque sea mínimo: sentencias de 11 de mayo de 1996, 24 de abril de 1997, 30 de junio de 1998, 18 de marzo de 1999) o llegando a la objetivación (a entender que si se causa un daño, se causa con dolo o con culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño: sentencias de 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000, 9 de octubre de 2000)».

El motivo tercero mantiene que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida el artículo 1.103 del Código Civil, que establece la posibilidad de moderar la responsabilidad por culpa. El motivo se desestima por diferentes razones, entre las que cabe destacar la que se utiliza como argumento definitivo: *...la revisión del quantum indemnizatorio no cabe en casación. Su determinación es función atribuida a la Sala de instancia, dice la sentencia de 29 de diciembre de 1995, corresponde a la soberanía del Tribunal a quo, añade la de 18 de febrero de 1997 e insiste la de 29 de septiembre de 1997.*

Notas: Tras sufrir un accidente de tráfico, una persona ingresa en el centro hospitalario de La Paz, donde tuvieron que serle practicadas trece transfusiones a consecuencia de las cuales se le produjo un hepatitis vírica post-transfusional. Un año y medio después se convierte en hepatitis crónica con probabilidad de que pueda degenerar en cirrosis. El perjudicado reclama una indemnización al Insalud. Se estima la demanda en primera instancia y en segunda instancia se confirma. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación.

Las cuestiones jurídicas que se plantean a lo largo del proceso y que se mantienen en casación son tres: prescripción de la acción, la culpabilidad o el nexo causal, el *quantum* indemnizatorio.

Cada una de ellas se articula en los motivos de casación que a continuación pasamos a analizar de forma resumida: En cuanto a la prescripción de la acción que se alega hay que tener en cuenta que en este caso han existido diligencias penales, por lo que la acción nace o la interrupción cesa, no por el archivo de esas actuaciones sino por su notificación al perjudicado, ya que al no haberse comunicado no ha comenzado la prescripción, según establece la jurisprudencia y tal como recoge la sentencia de 25 de marzo de 1996, que se cita en la sentencia de estudio y que establece que «subsistiendo la llamada acción civil derivada del delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues en otro caso la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente, como aquí ha ocurrido, al derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación de daño sufrido».

En cuanto a la falta de culpabilidad o del nexo causal entre las transfusiones y la enfermedad, es un hecho demostrado que la enfermedad se ha producido como consecuencia de las mismas. De este hecho hace derivar la Sala la apreciación de la culpabilidad, pues afirma que de no darse éste, no se habría pro-

ducido, en apoyo de su razonamiento recoge la evolución que jurisprudencialmente se ha realizado del artículo 1.902, evolución cuya síntesis recoge perfectamente la sentencia de 24 de enero de 2002, que cita: «*La interpretación progresiva del artículo 1.902 del Código Civil que lo ha adoptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo (la persona que provoca el riesgo que le reporta un beneficio debe asumir la responsabilidad si causa un daño..., yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un "reproche culpabilístico", aunque sea mínimo... o llegando a la objetivación (a entender que si se causa un daño, se causa con dolo o con culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño)*».

Finalmente, en cuanto a la revisión del *quantum* indemnizatorio, se trata de una cuestión que no cabe en casación. Y conforme a reiterada y constante jurisprudencia, es una cuestión reservada a la Sala de Instancia.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO Y LA COMISIÓN DE FESTEJOS. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2002.)

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

El Juzgado de Primera Instancia, número dos, de Liria, con fecha 5 de junio de 1995, dictó sentencia estimando la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta en nombre y representación de doña Noemí Cl. G. y doña Rebeca C. P., condenando al Ayuntamiento de Chulilla y los integrantes de la Comisión de clavarios de las fiestas del año 1991 a que indemnicen solidariamente a cada una de las demandantes a razón de 7.000 pesetas por día que estuvieron incapacitadas para sus ocupaciones habituales, cuya determinación se efectuará en ejecución de sentencia y en la cantidad de 10.040.000 pesetas para cada una de ellas por las secuelas sufridas, intereses legales y costas de procedimiento.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección novena) dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 1996, cuya parte dispositiva es la siguiente: *a)* Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de las actoras y se desestima íntegramente el interpuesto por la representación legal de los demandados, ambos contra la sentencia de 5 de junio de 1995. *b)* Se confirma la resolución impugnada a excepción del pronunciamiento sobre los intereses, a los que debe añadirse que su cómputo se iniciará desde la fecha de la sentencia de la primera instancia hasta su total pago. *c)* No se imponen costas en esta alzada.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Quemaduras ocasionadas a dos mujeres en la cara, cuello y manos, de segundo y tercer grado, con graves secuelas de utilización muscular y estéticas, mientras presenciaban un espectáculo pirotécnico organizado por una Comisión de Festejos con el beneplácito del Ayuntamiento. Para disfrutar del espectáculo se abrieron las puertas del Ayuntamiento, entrando la gente precisamente en el lugar donde se encontraban almacenadas varias cajas de material explosivo; un cohete o famella entró desde el exterior alcanzando los 2.400 cohetes almacenados que se incendiaron de golpe.

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo del recurso de casación interpuesto por los demandados se apoya en el artículo 1.692-4 de la LEC, por

infracción del artículo 1.902 del Código Civil, así como el artículo 1.105 del mismo cuerpo legal. El motivo se desestima.

Para un perfecto entendimiento de la cuestión es necesario tener en cuenta la relación fáctica anterior, como se verá, no hay lugar a dudas que el riesgo creado por el almacenamiento de sacas y cajas de petardos en la sala de entrada del Ayuntamiento no puede ser desvirtuado por el hecho de achacar el infausto evento a otra circunstancia externa —lanzamiento de cohete— desde el exterior, rompiendo el cristal de la ventana que daba a la referida sala, pudiera constituir una causa irrelevante en relación a tener almacenado el material pirotécnico —absolutamente inflamable— cuando en los alrededores se estaba dando el espectáculo denominado mascletá, que supone una orgía de fuego y explosión de materiales inflamables e infamadores.

Todo lo cual significa que el riesgo creado por tal almacenamiento era considerablemente anormal en relación a los parámetros medios de atención, lo que hacía que la responsabilidad del Ayuntamiento y de las personas encargadas estuvieran impregnadas por se por un principio básico de culpabilidad, porque no tuvieron el cuidado y reflexión necesario para evitar el accidente, al almacenar dicho material pirotécnico, sin las más elementales medidas de seguridad y aislamiento.

Desde luego ni se puede hablar de culpa de las víctimas, por lo que en el presente caso no hay ni exención de la responsabilidad ni aminoramiento de sus consecuencias pecuniarias.

El segundo motivo se apoya en el artículo 1.692.3 de la LEC, ya que según la parte recurrida se ha infringido el artículo 523 de dicha ley procesal. Este motivo debe ser estimado a pesar del defectuoso cauce de técnica casacional utilizado para su alegación. Efectivamente es doctrina casacional imponer las costas a las partes cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen su no imposición y cuando la estimación o desestimación fueran parciales, cada parte abonará las causadas a su instancia, en el caso de autos la parte actora demandó por una suma de pesetas superior a la concedida, lo que excluye absolutamente la idea de un vencimiento total que abonaría una condena en costas.

Notas: Conviene hacer una reflexión sobre la cuestión principal que resuelve esta sentencia en la que se alude al riesgo creado por un espectáculo. La reflexión es la siguiente: es necesario, para resolver el caso de autos, acudir a la teoría del riesgo.

Hay que comenzar recordando que nuestro sistema de responsabilidad extracontratual está presidido por el principio de la culpa. Es necesario que la acción u omisión del agente productor del daño haya sido negligente o descuidada, y que entre el daño producido a la víctima y la acción y la omisión del agente productor del mismo exista un nexo causal o relación de causalidad.

Diversos factores de todos conocidos, como la aparición de nuevas técnicas y avances tecnológicos, han provocado que la jurisprudencia evolucione, a lo que se ha venido en denominar actualmente expedientes paliativos de la culpa, que en favor de la víctima, que pretenden modalizar la responsabilidad por culpa, acudiendo para ello a diferentes recursos como presunción *iuris tantum* de la culpa del agente mediante la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, interpretación de la diligencia exigible con flexibilidad, según el entorno del tráfico, o el entorno físico y social donde se proyecta la conducta, o el mantenimiento de que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales para evitar los daños, etc.

Además, cuando la actividad que realiza el causante del daño genera un riesgo y con ello obtiene un beneficio, la jurisprudencia ha acuñado la teoría de la responsabilidad por riesgo, que utiliza los anteriores criterios paliativos de la culpa, bien por separado, bien de forma conjunta, intentándose una aproximación a soluciones que la propia jurisprudencia califica de cuasiobjetivas (sentencia de 21 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999, 14 de noviembre de 1994, 19 de junio de 1995). Debe tratarse además de riesgos imprevisibles para la víctima y que se produzcan dentro de la actividad de la propia empresa.

Es evidente que algunos de los festejos organizados por los ayuntamientos, como los espectáculos pirotécnicos o aquellos en los que intervienen toros o vaquillas, etc., son actividades que entrañan cierto peligro, del que sin duda se deriva un riesgo, por lo que sus organizadores deben tomar todas las medidas de precaución, extremando si cabe su actuación diligente para evitar daños.

En este sentido es reiterada la doctrina de la Sala que mantiene que: «...Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que este cambio se ha hecho moderadamente... sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de responsabilidad culposa.

La doctrina de esta Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor de la conducta del agente viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, propias de desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse de quien obtiene un beneficio o provecho, la inmediatez del quebranto sufrido por el tercero...» (entre otras, sentencia de 5 de diciembre de 1995, 8 de octubre de 1996, 21 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999, 12 de julio de 1999, 21 de marzo de 2000).

En el supuesto de estudio, a la actividad de riesgo que supone el espectáculo pirotécnico se añade el riesgo creado por el almacenamiento de cajas de petardos en la Sala del Ayuntamiento que se abrió al público para ver el espectáculo, riesgo que tal y como dice la sentencia: «era considerablemente anormal en relación a los parámetros medios de atención, lo que hacía que la responsabilidad del Ayuntamiento y de las personas encargadas estuvieran impregnados *per se* por un principio básico de culpabilidad, porque no tuvieron el cuidado y la reflexión necesarias para evitar el accidente, al almacenar dicho material pirotécnico, sin las más elementales medidas de seguridad y aislamiento».

En el caso de autos, aunque pueda encuadrarse en actividades de riesgo, no hace falta para demostrar la responsabilidad de los agentes acudir a la teoría del riesgo, pues es claro que el deber de resarcir se basa en el sistema clásico de la culpa, conducta negligente del agente que produce daños a las víctimas y que existe una relación de causa efecto entre el comportamiento y el daño inferido, llamada relación de causalidad.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE LABORAL. JURISDICCIÓN CIVIL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, QUANTUM INDEMNIZATORIO INCONGRUENCIA EXTRA PETITUM. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Doña Domitila G. G., doña Rosalía y doña Graciela S. G. formulan demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios, como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, contra Hunosa.

El Juzgado de Primera Instancia, número uno, de Pola de Lena, en sentencia 11 de mayo de 1995, estimó en parte la demanda de doña Domitila G. G., doña Rosalía y doña Graciela S. G. contra Hulleras del Norte, S. A. (Hunosa), condenando a la sociedad demandada a que abone a la parte actora la cantidad de 16.000.000 de pesetas por la muerte del esposo y padre de las codemandadas, debiendo cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección cuarta) dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 1996, en la que estimó parcialmente el recurso interpuesto por doña Domitila G. G., doña Rosalía y doña Graciela S. G., y rechazó el entablado por la empresa «Hulleras del Norte, S. A.» contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocando dicha resolución en el sentido de condenar a la empresa a satisfacer a doña Domitila la cantidad de doce millones y a la doña Rosalía y doña Graciela S. G., la cantidad de seis millones a cada una, sumas todas ellas que devengarán el interés establecido en el artículo 921 de la LEC desde la fecha de la presente resolución, sin hacer especial imposición de costas de la instancia ni la alzada, excepto las del recuso formulado por Hunosa, que se le imponen expresamente. La Audiencia Provincial de Oviedo tan sólo revocó la sentencia de Primera Instancia en el sentido, como hemos visto, de aumentar la cuantía de la indemnización.

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

Hechos.—Accidente de un trabajador de la empresa Allasa cuando procedía a la reparación de unos silos de la empresa Hunosa por la que estaban contratados, como consecuencia de la caída de una enorme cantidad de carbón que le enterró produciéndole la muerte.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación interpuesto por Hunosa se refiere, en sus siete motivos, a cinco cuestiones jurídicas, que a continuación se analizan:

Primera cuestión: orden jurisdiccional civil. Formulada al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la LEC por defectuoso ejercicio de jurisdicción y por incompetencia de la misma. El motivo se desestima porque la doctrina de esta Sala, que ahora se reitera, es que *el daño causado al trabajador que está cumpliendo su función, no sólo da lugar a las acciones que contempla la legislación laboral, sino también a las que derivan de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, lo que da lugar a la compatibilidad de las responsabilidades e indemnizaciones... y a la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la responsabilidad extracontratual.*

Segunda cuestión: litisconsorcio pasivo necesario. Formulada al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la LEC, alega su falta por no haber sido demandada Allasa, empresa de la que era trabajador el fallecido. El motivo se desestima. *La parte demandada puede —si realmente es posible— probar su falta de culpa en la producción del daño, pero no puede simplemente alegar la posible culpabilidad de un tercero no demandado y excepcionar la falta de litisconsorcio pasivo necesario. ...en caso de una posible coautoría en la producción de un*

resultado dañoso, es reiterada la jurisprudencia que atribuye a los codeudores de la posible indemnización, el carácter de solidaridad, que excluye el litisconsorcio... (sentencias de 5 octubre de 1995, 19 de julio de 1996, 20 de octubre de 1997, 15 de diciembre de 1999).

Tercera cuestión: prescripción anual. Formulado al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico relacionadas con la prescripción de acciones. *En los supuestos de responsabilidad extracontractual*, el artículo 1.968.2 del Código Civil dispone que la acción prescribe al año, y este artículo es considerado infringido en el motivo tercero de casación, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC; *realmente, el precepto que debería alegarse como infringido debería haber sido el artículo 1.969*, que señala el comienzo del cómputo, *actio nata*, pues en el desarrollo del motivo se mantiene la extraña teoría de que habiéndose dictado el auto de archivo de las diligencias penales el 24 de noviembre de 1993, la demanda se interpuso el 24 de noviembre de 1994.

Este motivo se desestima por dos razones. La primera, porque el cómputo que establece el artículo 5 del Código Civil excluye el día inicial, por lo que en el plazo del año, el último día no es el 23, sino el 24 de noviembre, y la demanda se presentó el día 24 de noviembre del año siguiente. La segunda, porque *si se siguen diligencias penales, el cómputo no comienza el día del auto de archivo, sino el día que se notifica éste; tal como dice la sentencia de 11 abril de 2002, si no se ha producido la notificación, no ha comenzado la prescripción: sentencias de 25 marzo de 1996, 27 de mayo de 1997, 31 diciembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 21 de septiembre de 1998.*

Cuarta cuestión: culpabilidad y nexo causal. A esta cuestión se refieren los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, ambos formulados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, en los que se mantiene la infracción de la jurisprudencia sobre la prueba del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (motivo cuarto), y sobre la denominada «culpa exclusiva de la víctima» que realmente es la ruptura del nexo causal por la acción exclusiva productora del daño por parte de la víctima (motivo quinto).

Ambos motivos se desestiman por la misma razón. En la sentencia de instancia se declara probado que Hunosa omitió la diligencia debida y fue causa del daño personal —pérdida de la vida— de la víctima; es decir, es hecho probado el nexo causal y la culpabilidad. *En estos motivos se discute el supuesto fáctico declarado probado, lo que no cabe en casación, ...se hace supuesto de la cuestión, proscrito en casación, tal como dicen las sentencias de 16 marzo de 2000, 15 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001 y 3 de mayo de 2001.*

Quinta cuestión: *quantum* indemnizatorio. A esta cuestión se refieren los motivos sexto y séptimo. El sexto, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, en el que mantiene la compensación de culpas, *rectius* concurrencia de causas, que influye en la cuantía de la indemnización. Se desestima porque incurre en el mismo defecto que los dos anteriores, hacer supuesto de la cuestión; la sentencia de instancia ha declarado probado que el daño se produjo por causa de la omisión de diligencia de Hunosa y *no puede ésta alterar el supuesto fáctico, lo que no cabe en casación, so pena de desnaturalizarla al pretender convertirla en una tercera instancia: así, en este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2000, 23 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2001.*

El séptimo, formulado al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la LEC, alega que se ha producido en la sentencia una incongruencia *extra*

petitum con infracción del artículo 359 de la misma ley. También se desestima. Se basa el motivo en que no se menciona el *pretium doloris* y la sentencia sí lo menciona en su fundamento séptimo. Pero el recurrente yerra *sobre el concepto de incongruencia, que es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia* (sentencias de 8 febrero de 2000, 2 de marzo de 2000, 23 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000). En el presente caso, el fallo de la sentencia entra dentro del contenido del suplico de la demanda y en aquel fundamento simplemente razona la cuantía de la indemnización.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DERIVADA DEL CONJUNTO. POSIBLES DEFICIENCIAS SANITARIAS. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Don José Q. J. formuló demanda, en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la entidad Servicio Valenciano de Salud (SERVASA).

El Juzgado de Primera Instancia, número cinco, de Alicante, en sentencia de 3 de diciembre de 1993, estimó parcialmente la demanda interpuesta por don José Q. J. contra la SERVASA, condenándola a que indemnice al demandante la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por los perjuicios ocasionados a consecuencia de la quemadura y posterior queloide que se localizó en el abdomen del hijo del demandante, estableciéndose como bases para su cuantificación el tiempo de curación y sanación, así como las posibles secuelas originadas, y en cuanto a las costas, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Audiencia Provincial de Alicante (Sección quinta) dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 1996, estimando el recurso y revocando en parte dicha resolución, condenando a SERVASA a que indemnice al actor en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por los perjuicios ocasionados por la punción aspiradora del líquido hidrocele, teniendo en cuenta el tiempo de curación y sanidad y las secuelas o deformaciones que puedan existir. Se condena a dicha parte demandada al pago de las costas procesales de ambas instancias, confirmándose los demás pronunciamientos que dicha sentencia contiene.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—El menor, Víctor M. Q. V., fue sometido el 17 de noviembre de 1987, en el Hospital Comarcal de SERVASA, a una operación de apendicitis aguda como consecuencia de la cual sufre una serie de desgraciadas complicaciones como quemaduras en el abdomen, hidrocele en el testículo derecho, que derivan en una tumoración intraescrotal derecha, que le llevan a realizar ingresos en hospitales y diversas intervenciones.

Doctrina de la Sentencia.—El primero de los motivos del recurso de casación, al amparo del artículo 1.692-1 de la LEC, denuncia infracción del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículos 139 y 145 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Común y Disposición Adicional Primera del Real

Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El motivo no puede ser acogido, ya que no puede ser aplicable la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, ya que su entrada en vigor tuvo lugar a los tres meses de su publicación en el *BOE* de 27 de noviembre.

El segundo de los motivos se articula al amparo del artículo 1.692-4 de la LEC, por infracción de las normas aplicables al caso, artículo 533-3.º de la LEC, Ley 8/1987, de 4 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, y Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre.

La falta de legitimación de SERVASA no puede ser estimada, pues el traspaso de competencias en materia de salud del Estado a la Comunidad Autónoma del País Valenciano, por Real Decreto de 27 de noviembre de 1987, opera sin excepción.

El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1.692-4 de la LEC, por infracción de los artículos 1.104, 1.105 y 1.902 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial médica. Las cuestiones litigiosas quedan referidas a la determinación de la causa o causas determinadas de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo, el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales el originador del daño, por lo que la sentencia de instancia, que en este aspecto acoge plenamente la sentencia impugnada en casación, imputa a la entidad demandada, es responsable directa del funcionamiento que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor luminio calorífico de la lámpara del quirófano.

En cuanto a las consecuencias nacidas de la punción del hidrocele, de la que derivó una tumoración intraescrotal derecha, la sentencia de la Audiencia, revocando el particular denegatorio en este aspecto de la sentencia de instancia, y teniendo en cuenta que las consecuencias se producen después de la punción, estima que las anomalías en la salud del enfermo no tienen otro origen que el obrar descuidado de quienes intervinieron en los diferentes actos médicos, por lo que se produce responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, por ello, el motivo no puede ser acogido.

Cuando la reclamación se formula contra una administración sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar, por virtud del resultado acaecido, abstracción hecha de que quede acreditado en el juicio la culpa...

Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia, y por tanto de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

La sentencia de esta Sala, de 16 de diciembre de 1987, es precursora cuando establece: que en materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimos establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cuál pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la aequitas, aquí siempre

conveniente; y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos a la aplicación del Derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden público perturbado.

Asimismo tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba, en el sentido de que no opera, el principio, contra el médico o profesional sanitario, estando a cargo del paciente, se exceptiona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatado por el propio Tribunal (sentencia de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 19 de febrero de 1998).

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISIÓN. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

El recurso de revisión no es una última instancia, ni puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte. No es posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada. Dado el principio de autoridad de cosa juzgada quedan fuera de la revisión todos los presupuestos alegados o producidos en el juicio.

RECURSO DE REVISIÓN. MAQUINACIÓN FRAUDULENTE. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Existe maquinación fraudulenta, y por lo tanto se estima la revisión, cuando se dispone de domicilios sabidos y, con mayor razón, cuando se han aportado al litigio, no siendo procedente escoger el que más le conviene al demandante para propiciar indefensión en la parte contraria. Ha de procurarse que la diligencia de emplazamiento, al fracasar en uno, se lleve a cabo en el otro u otros aportados, lo que en este caso no fue cumplido.

RECURSO DE REVISIÓN.—DOCUMENTOS DECISIVOS RECOBRADOS, RETENIDOS POR «FUERZA MAYOR». (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.