

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ES FUNCIÓN PROPIA DE LOS JUZGADORES DE LA INSTANCIA, SALVO QUE EL RESULTADO EXEGÉTICO OBTENIDO SEA ILOGICO, IRRACIONAL O CONCULCADOR DE ALGÚN PRECEPTO. (STS DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Es objeto de discusión, en la presente sentencia, la interpretación que se hace de la expresión «intereses de descubierto» utilizada en el documento privado.

Doctrina.—La interpretación de los contratos es función propia y privativa de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna norma, nada de lo cual es predicable de la interpretación que hace la sentencia recurrida, ya que la frase «intereses de descubierto», única que se usa en el documento cuestionado, lo único que expresa es intereses de una cantidad que se adeuda «descubierto», pero no puede ser entendida por sí sola, como indicativa de intereses bancarios (cualquiera que fuese la persona encargada de la redacción de dicho documento), por lo que ha de ser aquí mantenida, por ser plenamente razonable y nada ilógica, ni irracional, la interpretación que de dicha frase ha hecho la sentencia recurrida, al entender que la misma quiere referirse al interés legal del derecho incrementado en dos puntos, conforme establece el número 2.º del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, cuyos intereses, al expresado tipo, ya se los tiene abonados la demandada a la actora, aquí recurrente.

RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA POR IMPAGO DEL PRECIO APLAZADO. (STS DE 12 DE ABRIL DE 1999.)

La apreciación del incumplimiento por el comprador de su principal obligación de pago del precio pactado, determinante del efecto resolutorio del

contrato al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, es de la competencia del Tribunal de Instancia, y si bien ese incumplimiento no puede ser apreciado unilateralmente por el vendedor ni ser en modo alguno dudoso, en el presente caso no existe controversia alguna sobre el impago apreciado por el Juzgado de Instancia, sino es la alegada con fines de defensa por los demandados y carentes de apoyo probatorio alguno, como resulta del detenido examen de la prueba en la instancia; resulta acreditado el reiterado incumplimiento por los compradores de su obligación de pago, pues la última entrega a cuenta la realizaron el día 5 de marzo de 1983, sin que conste que la sistemática devolución de las letras de cambio aceptadas para pago del precio fuera debida a discrepancia alguna sobre la cantidad realmente debida ni que efectuaran los compradores reclamación alguna en tal sentido a la vendedora durante esos años que transcurrieron hasta que se les hizo el requerimiento resolutorio de fecha 12 de marzo de 1987. No resulta, por tanto, justificada en modo alguno la conducta incumplidora de los compradores demandados, por lo que el Tribunal de instancia no ha infringido el invocado artículo 1.504 del Código Civil, como tampoco ha infringido el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal a que se refiere el motivo segundo del recurso en el que se denuncia incumplimiento por la vendedora de su obligación, motivo que no es sino una reiteración de lo alegado en el primero y en el que se trata de acreditar un incumplimiento no declarado por la Sala *a quo*, a quien, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, compete determinar cuál de los contratantes ha incumplido y, en su caso, si el de una de las partes es bastante para justificar el de la otra; decae así este segundo motivo.

EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA VALORACIÓN DE PRUEBAS, CABE DECIR QUE LA CASACIÓN NO ES UNA TERCERA INSTANCIA, POR LO QUE HAY QUE SEÑALAR QUE NORMAS O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SE HAN VULNERADO POR LA AUDIENCIA EN AQUELLA LABOR FUNDAMENTÁNDOLO. (STS DE 12 DE MARZO DE 1999.)

El recurrente señala la existencia de un promotor-mediador que se sustrae a la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil. En su fundamentación se argumenta sobre la calificación jurídica de esta figura, diferente de la de constructor-promotor, pues su intervención (aquí en forma de una comunidad de propietarios) se ciñe a procurar viviendas a sus comuneros, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes una derrama del coste de la construcción; no se construye para el tráfico.

Doctrina.—Se debió combatir la interpretación que de la situación jurídica hizo la sentencia recurrida, que llegó a la conclusión de que la comunidad de propietarios que se constituyó, comprando suelo para edificar y repartirse las viviendas, fue en realidad un montaje jurídico bajo el cual subyace la figura del promotor, encarnada en el recurrente. No se señala ningún precepto relativo a la interpretación de los contratos, aplicables también a los actos jurídicos voluntarios, que haya sido infringida, ni se acusa error de derecho en la aprobación del material probatorio. En fin, se trata, una vez más, de convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia, a fin de que vuelva de nuevo a realizar aquellas labores, sin tener en cuenta que no es sino el órgano supremo que controla la interpretación y aplicación de las leyes y doctrina

jurisprudencial, no un Tribunal de tercera instancia. El motivo lo que hace simplemente es enfrentar la interpretación subjetiva que propone con la de la Audiencia, no demuestra ninguna infracción de normas de interpretación o valoración de la prueba.

SE ENTIENDE ACEPTADA POR EL COMPRADOR LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO QUE EL VENDEDOR LE NOTIFICÓ POR ACTA NOTARIAL, POR EL HECHO DE HABER CELEBRADO POSTERIORMENTE LAS PARTES UN CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA CON RELACIÓN AL MISMO INMUEBLE QUE HABÍA SIDO OBJETO DE LA INICIAL COMPRAVENTA, QUE QUEDO RESUELTA. (STS DE 24 DE JUNIO DE 1999.)

Al haber sido incumplida por la entidad compradora su obligación de pagar el precio estipulado en la referida escritura pública de compraventa, los vendedores por conducto notarial, le notificaron que daban por resuelto el referido contrato de compraventa, cuya notificación resolutoria fue aceptada por la entidad compradora, como lo evidencia el hecho de que, después de ello, celebraron, con relación a la misma finca, un nuevo contrato, ahora de opción de compra, cuya celebración hubiera sido totalmente innecesaria e improcedente si la entidad compradora no hubiera aceptado la resolución del contrato de compraventa celebrado mediante la antes dicha escritura pública.

LA MORA AUTOMÁTICA SOLO SE PRODUCE EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DE CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO. (STS DE 5 DE MARZO DE 1999.)

Cumplida por el vendedor su obligación de entrega de la cosa vendida, surge para el comprador la obligación del abono de intereses del precio adeudado sin necesidad de que exista previo requerimiento de pago del vendedor, de acuerdo con el artículo 1.501,3.º en relación con el 1.100 del Código Civil. No obstante, las controversias doctrinales suscritas por la interpretación del último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, en relación con la mora en las obligaciones recíprocas, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo, y en este sentido se manifiesta la jurisprudencia más moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo.

IMPROCEDENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO POR NO HABER INCURRIDO EL COMPRADOR EN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. (STS DE 17 DE MARZO DE 1999.)

El cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una cuestión de hecho, y, en cuanto a tal, sujeta a la libre apropiación de los juzgadores de la instancia, y la sentencia aquí recurrida, como antes la de la primera instancia,

no ha incurrido en voluntad obstativa al cumplimiento del contrato, pues no se ha negado en ningún momento a pagar el precio, siendo el vendedor el que con una pertinaz pretensión resolutoria del contrato, se ha venido negando insistentemente a recibir el referido precio, cuya conclusión probatoria, obtenida por la sentencia recurrida, a través de la valoración que hace de la prueba practicada, ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello, cual sería el de la denuncia de un supuesto error de derecho en la valoración de la prueba, con inexcusable cita de un precepto que, contenido alguna norma valorativa de prueba, se considere que ha sido infringido, lo que aquí no se ha hecho.

LA INSCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS REALES NO ES CONSTITUTIVA EN EL SISTEMA INMOBILIARIO ESPAÑOL. (STS 23 DE FEBRERO DE 1999.)

La tercerista adquirió la finca controvertida hace muchas décadas por adjudicación en un procedimiento de concentración parcelaria. Aportó al indidente de tercería una certificación registral acreditativa de la inscripción a su favor de la mencionada finca; la Audiencia rechaza este medio de publicidad inmobiliaria con consideraciones reiterativas sobre el aspecto no constitutivo de la inscripción de los derechos reales en el sistema español, afirmando que la propiedad se adquiere por los medios que contempla el artículo 609 del Código Civil.

Es cierto que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio. Pero también lo es que la registración representa un extracto del título adquisitivo y de todos sus pactos que tengan trascendencia real.

El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiriera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; significa que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar *erga omnes* que esa transmisión se ha operado válidamente.

LA DONACIÓN DE UN PISO ARRENDADO NO GENERA DERECHOS DE TANTEO, NI DE RETRACTO ARRENDATICIOS A FAVOR DEL ARRENDATARIO DEL PISO DONADO. (STS DE 6 DE MARZO DE 1999.)

Carece absolutamente de aplicación el artículo 54 de la LAU de 1964, en el presente caso litigioso, ya que dicho precepto se refiere a los supuestos en que el demandado sea arrendador de varios pisos en el mismo edificio, y en el presente caso aparece probado que en la fecha en que se hizo donación del piso litigioso a su nieto P, ese era el único piso que la donante tenía arrendado, pues respecto de otro ya se tramitaba proceso sobre denegación de prórroga por causa de necesidad para otro nieto, por ser a dicho piso al que correspondía la preferencia, en cuyo proceso recayó sentencia acordando la resolución del contrato de arrendamiento respectivo por dicha denegación de prórroga. La donación del piso arrendado —negocio jurídico verdadera y lícitamente celebrado— no puede generar, en modo alguno, ningún derecho de tanteo ni de retracto arrendaticios a favor del arrendatario del piso donado.

I. I. M.

ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Sevilla, en sentencia de 20 de septiembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 8 de abril de 1994, estima el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—«Aplitesa» promueve demanda de juicio de menor cuantía contra «Lain, S.A.», sobre reclamación de cantidad por arrendamiento de obra. De la prueba documental aportada se revela la propia naturaleza de tales documentos como «partes de obra», que expresan, dentro del cumplimiento, la obligación de resultado que exige el contrato de arrendamiento de obra o empresa, y en el caso de autos, la subcontratista, la ejecución de los taladros de acuerdo con lo pactado.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad lo que en el recurso se pretende es combatir la apreciación que el órgano de Apelación hace de la prueba practicada en la Primera Instancia, pero el principio de la carga de la prueba tiene en nuestro ordenamiento un carácter puramente subsidiario, sólo entra en juego cuando no se hubiese apreciado prueba en la sentencia, y su finalidad es la de imputar su falta a quien hubiera debido de aportarla.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Irún, en sentencia de 8 de junio de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 3.^a), en sentencia de 9 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—«Irungo Industrialdea, S.A.» promueve demanda de juicio de menor cuantía contra «Paoy, S.A.», sobre incumplimiento de contrato, éste consistía en el compromiso del Ayuntamiento de otorgar licencia para la realización de obras provisionales, como movimientos de tierras y otras. Dicho plazo de cinco años para la ejecución total por la actora de sus obligaciones de aportación de terrenos e incluso la propia actuación de la recurrente que entrega todas las parcelas a que se había obligado salvo la reclamación, queda acreditado que no la entrega, entendiendo por entrega la puesta a disposición libre y pacíficamente de la actora de la parcela porque se encuentra sometida a un arrendamiento rústico.

Doctrina de la Sentencia.—Todo el iter de la Sala se circunscribe a manifestar que la obligación, cuyo cumplimiento se reclama, no es una obligación pura sino sujeta a plazo.

OBRAS QUE SE EJECUTAN, ¿ÚNICAMENTE LAS PACTADAS EN EL CONTRATO? (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baza, en sentencia de 12 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Granada (Sección 4.^a), en sentencia de 7 de marzo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Se estima parcialmente también el recurso de casación.

Hechos.—La entidad mercantil «Construcciones, Obras y Asfaltos, S.L.» (contratista), promueve contra la mercantil entidad «Tifecor, S.A.», dueña de unas obras, juicio de menor cuantía en el que solicita se condene a la demandada a pagar una determinada cantidad más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda. La base fáctica se circunscribe a lo siguiente: La entidad «Construcciones, Obras y Asfaltos, S.L.» (como contratista) y «Tifecor, S.A.» (como comitente), celebran un contrato de obra de fecha 1 de junio de 1990, en virtud del cual la contratista se obliga a ejecutar las obras del Proyecto del Arquitecto, por un precio alzado, además de las obras estipuladas, la contratista ejecutó otras dos no incluidas en dicho proyecto, no obstante, el presupuesto que presentó la actora y en el que pretende basar la mayor cantidad que reclama en su demanda no puede ser tenido en cuenta, pues dicho presupuesto venía en fotocopias sin firma y no reconocido por la demandada.

Doctrina de la Sentencia.—La entidad recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber realizado una equivocada interpretación del contrato de obra pactado entre las partes de fecha 1 de junio de 1990, para lo que viene a sostener que, además de las obras estipuladas, también se realizaron otras no incluidas en el Proyecto del Arquitecto, que fueron concertadas verbalmente y que son de las que reclama su precio. Nos encontramos ahora, no ante un problema de interpretación contractual, sino ante un problema de valoración de la prueba practicada en el proceso. La recurrente en el litigio no denuncia ningún error de derecho en dicha valoración, ni cita ningún precepto que conteniendo norma valorativa de prueba considere que ha sido infringido, de ahí que los hechos aducidos sean los efectivamente válidos. Es llamativo el destacar que la cláusula penal contenida en el contrato y referida al plazo para la ejecución de las obras no puede ser aplicada cuando, además de dichas obras, se tuvieron que ejecutar otras a las cuales ya hemos aludido, esta referencia única y exclusiva al plazo, dentro del cual habían de ser ejecutadas las obras pactadas en dicho contrato, no puede ser aplicada, dado el criterio restrictivo con que ha de ser interpretada toda cláusula penal, cuando la contratista, además de dichas obras y por acuerdo verbal de las partes, hubo de ejecutar y ejecutó otras no incluidas —ya hemos dicho— en el Proyecto del Arquitecto, ni, por tanto, en el referido contrato escrito, para cuya realización no consta se señalara plazo alguno.

INCONGRUENCIA OMISIVA POR NO CONDENAR AL DEMANDADO A LA TERMINACIÓN DE LA OBRA, PESE A SOLICITARSE Y APRECIARSE ASI EN LA FUNDAMENTACION DE LA RECURRIDA. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Bande, en sentencia de 7 de enero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Orense (Sala de lo Civil), en sentencia de 20 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—Se trata, en este caso, de obtener del demandado el puntual cumplimiento de un contrato de ejecución, así como de que se declare que la cantidad pendiente de pago a cargo del actor se compense en favor de éste. Las circunstancias que se dan revelan el incumplimiento del contrato y de que la obra no está terminada, y por ello el demandado viene obligado a terminarla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.544 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—Una de las cuestiones que con mayor claridad se especifican en el proceso es la relativa a los **pagos** que debe verificar el propietario de la obra, sus **cuantías y el momento** concreto en que debe satisfacer el pago, premisas estas que son incuestionables, pues la obra aún no está concluida. La resolución de la Audiencia condena al actor al cumplimiento actual de una obligación que por ser condicional y no haber aún acaecido la misma, **ni el acreedor ha adquirido su derecho ni el condenado tiene porqué satisfacerlo.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Fuengirola, en sentencia de 7 de abril de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a), en sentencia de 27 de mayo de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

Hechos.—Por contrato privado de compraventa de fecha 31 de diciembre de 1985, suscrito exclusivamente entre «Frior Promoción» y al efecto los cheques bancarios y letras de cambio que se entregaran a la vendedora, fueron cargadas en sus cantidades respectivas en una cuenta comente del Banco Atlántico de Benalmádena Costa, cuenta ésta en la que aparece como único titular doña Ghyslaine Belisle, y a la vista de la prueba documental se advierte que: *a)* independientemente de las cantidades entregadas a la celebración del contrato quedaron aplazadas otras que deberían hacerse efectivas; *b)* con fecha 2 de enero de 1987 fue ingresada una determinada cantidad de dinero y a lo largo de dicha anualidad otras cantidades; *c)* a la vista de lo expresado no puede cuestionarse el hecho de que existieran relaciones e intereses comunes —entre otros hechos—.

Doctrina de la Sentencia.—El propósito de la presente litis es combatir la valoración de los variados medios probatorios practicados en base a las siguientes razones: En el presente caso la sentencia recurrida hace un estudio de la cláusula penal adherida al contrato principal, que ha sido resuelto por la actitud de la parte recurrente, haciendo entrar en juego lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, libertad contractual, y el artículo 1.152 que regula la obligación con cláusula penal. Pero esta operación sobre la constitución del alcance y contenido de la cláusula penal es una operación exclusiva de la soberanía de la instancia. La valoración de la prueba de presunciones denunciando la infracción del artículo 1.249 del Código Civil, argumentando que la presunción se basa sobre otras presunciones porque basta con leer la resolución recurrida para comprobar que la Sala sentenciadora tuvo en cuen-

ta, y así lo hace constar expresamente las pruebas practicadas en la primera instancia y reseñando las razones que le llevan a tal resultado. Lo mismo sucede con la alegación que se hace a la infracción al artículo 1.253 del Código Civil y se argumenta la falta de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de demostrar, cuando de los hechos que se tienen por acreditados y el que se deduce existe tal enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. También se niega que la prueba de presunciones utilizada por la Sala tenga carácter subsidiario, que opera una vez conculcadas y examinadas las pruebas practicadas en primera instancia y llegando a idéntico resultado que en la sentencia de Juzgado de Primera Instancia, por lo que es reconocido el carácter subsidiario de la prueba de presunciones que utiliza la Sala de Apelación. La infracción del principio de respeto a los actos propios, cuando el requerimiento realizado no es contrario a la postura procesal toda vez que el reconocimiento que en el mismo dice hacerse.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR DEL BIEN INMUEBLE DE SU OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO. LA VALORACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL ES TAREA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA, POR LO QUE EN PRINCIPIO ESTA EXCLUIDA DE LA CASACIÓN. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Algeciras, en sentencia de 21 de febrero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.^a), en sentencia de 3 de junio de 1964, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

El núcleo del actual motivo se deriva de la alegación constituida por la conducta del demandado, que según él, no supuso una voluntad rebelde y obstativa del cumplimiento de la obligación de pago.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial moderna establece que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar al cumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta de voluntad obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó. Conducta obstativa voluntaria realizada por la parte recurrente que frustró la realización económica del contrato, suficiente para que entren en juego en su generalidad el artículo 1.124 y con su especificidad el artículo 1.504, ambos del Código Civil.

RECLAMACIONES A CARGO DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS AL HABERSE PRODUCIDO MODIFICACIONES CONSTRUCTIVAS EN LOS APARTAMENTOS VENDIDOS Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Zaragoza, en sentencia de 27 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a), en sentencia de 8 de junio de 1994, estima los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se hacen constar unas actas de Juntas de Propietarios acreditativas tanto de la vigencia del cargo de presidentes como de la autorización colectiva para demandar a la recurrente por defectos de obras y servicios comunes pendientes de corregir. Se trata de una autorización amplia y general que hace suficiente la legitimación tanto *ad processum* como *ad causam* para plantear el pleito.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 12 en relación con el 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual. La excepción sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía. Como consecuencia de lo expresado es que el poder otorgado al Procurador es suficiente para promover el pleito, al obrar los poderdantes en el ámbito de las facultades delegadas por los copropietarios de los tres edificios que conforman la parte actora del proceso, sin perjuicio de que se trata de defecto subsanable. Corresponde al presidente autorizado otorgar los poderes a procuradores que resultan válidos incluso cuando cambia la persona del presidente con posterioridad.

En el pleito, la acción que se ejercita es **por incumplimiento contractual** a cargo de la recurrente de las obligaciones asumidas en los contratos de enajenación de los apartamentos, al haber producido desviaciones constructivas, identificadas y suficientemente probadas de la oferta-propaganda, por razón de las modificaciones que se llevaron a cabo en la calidad de los materiales empleados y su sustitución por otros inferiores, lo que obedeció a su unilateral decisión y, con independencia de las relaciones de los técnicos con la recurrente, que fue la ejecutora material y la que celebró los contratos de ventas de pisos y locales, debiendo responder en los términos de los artículos 1.096, 1.097, 1.098 y 1.101 del Código Civil en relación con el 1.445. Se trata de sustitución de materiales y no defectos en la construcción y vicios ruinógenos, por lo que se está ante situación jurídica de incumplimiento contractual, y de cuyo incumplimiento obligacional solamente ha de responder la promotora-constructora y también la vendedora de los elementos del edificio y no el personal técnico al no afectarle la relación jurídica litigiosa. El problema se desvía hacia la solidaridad impropia de los intervinientes en el proceso constructivo, como si se tratase de supuesto de vicios ruinógenos del artículo 1.591 del Código Civil cuando la acción que este precepto autoriza no ha sido ejercitada en esta litis, lo que refuerza la exclusión de situación de litisconsorcio pasivo necesario al demandarse sólo a la entidad que recurre y sin perjuicio de las acciones que a ésta le pueden asistir contra los técnicos.

DEFECTOS CONSTRUCTIVOS. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Murcia, en sentencia de 5 de julio de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.^a), en sentencia de 22 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Se construye un edificio obteniendo cédula de calificación definitiva con fecha 3 de noviembre de 1978. Dicho edificio contaba con dos torres unidas entre sí, pero al poco tiempo de la terminación de la obra se comienzan a apreciar signos de deficiencia con aparición de grietas y fisuras que iban adquiriendo mayores dimensiones, los demandados cubren algunas de las grietas, pero no dan solución a las causas que las provocan. En 1985 se acude a «Controlex, S.A.», que es una empresa dedicada al control, cálculo, patología y reparación de estructuras. Así comenzaron a realizarse las pruebas y comprobaciones pertinentes que culminaron con un informe en agosto de dicho año, constatándose el movimiento relativo entre los bloques como consecuencia del giro hacia la derecha del bloque derecho, rompiendo la junta de dilatación de todos los forjados e igualmente se informó de la mala ejecución de la referida junta, lo que contribuyó a que el fallo de cimentación produjera la rotura de algunas jácenas, estimándose que la causa fundamental del estado del edificio fue la mala concepción o ejecución de la cimentación. Las pretensiones ejercitadas fueron estimadas por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Murcia, en sentencia de 5 de julio de 1993, en el sentido de declarar la existencia de defectos de construcción constitutivos de ruina parcial en el edificio «Rubén Darío», decretando la responsabilidad de los arquitectos demandados y condenándoles con carácter solidario, así como a los controles semestrales aconsejados por tiempo no inferior a cinco años y hasta el definitivo asiento del edificio, apercibiéndoles de que tales operaciones serán realizadas por la comunidad actora a cargo de ellos de no llevarlas a cabo.

Doctrina de la Sentencia.—Partiendo de la interpretación amplia que sobre el concepto de **RUINA** mantiene la doctrina jurisprudencial, la cuestión a debatir se limita a determinar si las obras a realizar deben ceñirse a las establecidas en las sentencias o sería necesario y aconsejable ampliarlas. Resulta obvio que las obras acordadas son no sólo insuficientes sino, incluso, contradictorias con los controles semestrales establecidos ya si se acometen las obras de reparación y tras el control semestral resulta que el asentamiento del edificio no es definitivo, el fallo quedaría vacío y sin contenido. Así, probados los daños que acuerden unas obras recomendadas por uno de los peritos, quien manifiesta que no se puede dar un informe completo al no disponer de datos para ello y que la solución completa es difícil, y olvidando que la solución definitiva propuesta por el resto de los peritos es la del recalce, y prohibir una condena de futuro como hace la sentencia recurrida y aceptar el fallo de la de instancia que impone una condena de futuro consistente en controles semestrales, además de una contradicción es un dislate, y dichos controles tienen fijado un tiempo mínimo de realización, cinco años, pero nada se dice del tiempo de su duración total, así como del procedimiento a seguir en el supuesto de que los controles denotaran que el asentamiento del edificio no es total, ni mejora la estructura y seguridad del edificio. Y es que la imposición del referido control periódico no debe entenderse cual una condena de futuro al ser su única finalidad la de comprobar el definitivo y regular asentamiento del edificio, control el indicado que quedó perfectamente establecido en su duración total: «hasta el definitivo asiento del edificio».

Paralelamente, se debería plantear una cuestión totalmente distinta y que, por supuesto, excedería de los límites normales y propios del recurso, es decir, la referente a que los controles comprobasen que el «asentamiento» no se

hubiera producido, ahora bien, esa cuestión no puede tener respuesta en el recurso pues su específico marco de discusión y resolución sería el correspondiente al período de ejecución de sentencia, de cualquier manera, y además, no cabe olvidar que el suplico de la demanda se concretó a la declaración de presentar el inmueble graves defectos y a la condena a efectuar de manera inmediata la reparación de los desperfectos y anomalías existentes, por lo que la condena no podía rebasar tales términos de actualidad y hacerse extensiva a daños que fuesen apareciendo con posterioridad, pues ello podría incidir en incongruencia. Finalmente, no es posible combatir en casación la apreciación que los Juzgados y Tribunales efectuasen de la prueba pericial, pues la misma, en consonancia con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se valorará según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen pericial, y esto es precisamente, lo llevado a cabo en el motivo, ya que en realidad está pretendiendo hacer una valoración de la prueba pericial de modo distinto y contrapuesto a la efectuada por los Juzgadores de instancia, lo que no es admisible en casación, permitiendo afirmar que la sentencia recurrida no incurrió en errónea interpretación de los preceptos denunciados.

En el presente caso, los vicios ruinógenos obedecen a una defectuosa proyección de la cimentación y de la dirección, así como de la ejecución de la obra, la responsabilidad del técnico es evidente y se dice que «el aparejador no está para cumplir las funciones que en cada caso le recomiende el arquitecto, sin que las funciones de inspeccionar y ordenar la obra le vienen encomendadas directamente por la Ley, deduciéndose de la normativa vigente que el aparejador no es ayudante del arquitecto sólo en cuanto sirve a la obra técnicamente considerada; conclusiones que confieren cierta autonomía operativa al aparejador o arquitecto técnico y también le confieren la consiguiente responsabilidad. Además, el aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a la responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y a la perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto». Aún reconociéndose la responsabilidad solidaria que, en principio, se propugna en el artículo 1.591 del Código Civil, respecto a cuantos profesionales intervienen en la construcción de un inmueble, así como que la doctrina jurisprudencial establecida y que se hace extensiva a la responsabilidad del aparejador en lo concerniente a la solidez del edificio y a la perfecta acomodación de la obra al proyecto del arquitecto, al venirle encomendada las funciones de inspeccionar y ordenar la obra, es lo cierto que en cada caso concreto debe atribuirse la mencionada responsabilidad en función de la efectiva intervención que tuvo cada uno de los profesionales, con lo cual, la responsabilidad queda condicionada al resultado valorativo de la prueba practicada, especialmente la pericial, y es que atendiendo a presupuestos concretos: la enfermedad del edificio obedece a una defectuosa proyección de la cimentación y a una defectuosa dirección de su realización. Los defectos tienen su origen en un irregular asentamiento de los bloques. El inidóneo asentamiento es imputable a los propios directores de la cimentación. En el primer forjado existieron defectos en la junta atribuibles a los arquitectos que dirigieron esa parte del edificio, pero también a quien ha de dirigir la obra hasta su finalización. En la edificación se mezclan vicios de suelo y vicios de dirección, unido a la alteración de la altura inicialmente prevista, y la conclusión de la existencia de vicios de suelo y de dirección hace ilógico pensar que el cometido del aparejador trascendió a tales actuaciones, sin que pueda hablarse de una realización material de las obras sin ajustarse al proyecto o siguiendo

procedimientos, técnicas o métodos contrarios a las reglas del arte de la construcción, tampoco de un empleo de materiales defectuosos, de mala calidad o de calidad distinta a la prevista en el proyecto o no autorizados por los técnicos directores, no de la falta de capacidad técnica o inobservancia de los órdenes e instrucciones de los técnicos superiores. De acuerdo pues a esos presupuestos y conclusiones, el Tribunal —*a quo*— excluye de la responsabilidad decenal al aparejador al no existir prueba alguna que determinara incumplimiento de sus deberes, y en especial el de vigilancia e inspección. El Juzgado de Primera Instancia declara la existencia de ruina parcial así como los graves daños denunciados en la demanda y condena a los demandados a la realización de las obras de adecuación del edificio y a que por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, el mero hecho de obligar a esta parte a acudir a juicio, con los riesgos y gastos que supone, entraña en sí un daño que debe ser indemnizado por quien dio origen a ello. Por último, no cabe establecer conexión alguna entre la culpa o negligencia prevenida en el artículo 1.902 del Código Civil y las reglas comprendidas en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que el supuesto de «temeridad» recogido no guarda similitud con la «culpa o negligencia», entender lo contrario implicaría dejar sin contenido el precepto procesal.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. SOBERANÍA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA, EN PRINCIPIO, PARA LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. EL DEFECTO DE TÉCNICA CASACIONAL DE ALEGAR COMO INFRINGIDOS LOS PRECEPTOS «Y SIGUIENTES» O «CONCORDANTES», SIN DECIR CUALES SON EN EL CRITERIO DE LA RECURRENTE. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de *Zaragoza*, en sentencia de 24 de febrero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de *Zaragoza* (Sección 2.^a), en sentencia de 27 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos fácticos.—Don Francisco Andrade Córdoba demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad «Inmobiliaria Reyfa, S.L.», y entre otras peticiones interesa la condena a ésta de que le pague una determinada cantidad de dinero por la realización de diversos trabajos con aportación de materiales no satisfechos y relativos a la construcción de un inmueble.

Doctrina de la Sentencia.—El resultado de la confesión ha de valorarse en conexión con los demás medios acreditativos obrados en el proceso, ya que, según sienta la Sala desde la sentencia de 15 de diciembre de 1961, aquélla no es demostración plena de necesario acatamiento fuera del caso previsto en el artículo 580.2 de la Ley Rituaria, con lo que la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba verificado por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha declarado reiteradamente la Sala, entre otras, en sentencias de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997, 15 de abril y 29 de julio de 1998, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica que son

supuestos de exclusión no concurrentes en este caso. La vulneración a la doctrina general sobre obligaciones y contratos se encuentra inmersa en los artículos 1.091, 1.254 y siguientes del Código Civil, y se desestima aquí por razones de técnica casacional, pues la Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 11 de febrero de 1993 y de 30 de junio de 1998, que constituye una anomalía alegar como infringidos los preceptos «y **siguientes**» o «**concordantes**» sin decir cuáles son en el criterio de la recurrente, debido a que ello contraviene la exigencia del artículo 1.707 de la Ley Procesal Civil. También la violación del artículo 1.544 del Código Civil en relación con los artículos 1.588 y siguientes, en cuanto que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que la recurrida no ha podido acreditar que ha satisfecho a la recurrente la totalidad de la obra ejecutada y se desestima también por méritos de técnica casacional debido a que el artículo 1.544 tiene carácter definitorio y, por su generalidad, no es válido para servir de soporte a motivo de casación alguno, y su conexión con los artículos 1.588 «y siguientes» adolece de los defectos expresados.

CONTRATO DE ADHESIÓN. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villacarrillo, en sentencia de 29 de septiembre de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 27 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Doña Elisa Calero Calero se dedica al almacenamiento y comercialización de pescados y mariscos bajo la denominación de «Mariscos Castellar». Con fecha 25 de mayo de 1991, la citada doña Elisa Calero Calero concierta con la entidad «GAN ESPAÑA, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», una póliza flotante de seguro para asegurar, valga la redundancia, el transporte de pescados y mariscos congelados, debidamente acondicionados en contenedores frigoríficos que habían de viajar desde puertos sudamericanos a puertos españoles «a designar». Así las cosas y mediante el correspondiente «aviso de seguro» referente a la aludida póliza flotante, el día 1 de agosto de 1991, doña Elisa Calero Calero aseguró el transporte marítimo de un contenedor. El embarque que tuvo lugar el día 1 de agosto de 1991, con la adecuada temperatura del contenedor y de la mercancía, según certificación expedida por la aseguradora de la exportadora, cuando llega el 4 de septiembre al puerto de Santurce (Bilbao) es rechazada por las autoridades sanitarias españolas.

Doctrina de la Sentencia.—Las dos cuestiones centrales a resolver son las siguientes: UNA, la determinación de la causa originadora de los daños sufridos por la mercancía transportada, y **OTRA**, la de si esa causa originadora o determinante del daño está incluida dentro de los riesgos cubiertos por el condicionado general y particular de la póliza de seguros. Para resolver la primera cuestión se ha de acudir a los informes técnicos que constan en autos y a los que ya hemos aludido: certificado de averías emitido por los expertos del comisionado marítimo español completado con la intervención del técnico de frigoríficos, el informe emitido por la aseguradora del exportador, etc.,

para lo que se llega a la conclusión de que el objeto de la litis debe centrarse en la determinación de la causa determinante de los daños. Para ello, y teniendo en cuenta los informes aportados, se fijan las siguientes premisas: a) la maquinaria frigorífica no tenía ningún fallo o avería en su funcionamiento; b) desde la instalación del termostato se conoce la temperatura en el interior del contenedor; c) no se conoce el control de temperatura desde el 25 de agosto hasta el 4 de septiembre; d) el aumento de la temperatura se debió a un fallo de circulación del aire frío en el interior del contenedor, debido a un bloqueo en la zona inferior del frente del contenedor, lugar por donde sale el aire frío y en el que existía agua procedente del exterior y que al congelarse taponó, casi totalmente, la salida del aire frío, impidiendo que éste penetrara y circulase en el interior. De todo lo cual resulta como aplicación lógica por aplicación de las reglas de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, que en todo caso **la CAUSA primordial** del siniestro o daño de la mercancía por falta de frío fue ocasionada por el fallo o paralización de los aparatos frigoríficos, entendiendo esto, no en un sentido exclusivo de paro absoluto, sino en la de impedimento, detención o entorpecimiento, y dado que nos encontramos ante **un contrato de adhesión** tiene declarado el Tribunal que en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de la póliza, se ha de adoptar de acuerdo con la regla del artículo 1.288 del Código Civil la interpretación más favorable al asegurado.

En un primer momento se alude en el presente litigio a la infracción al artículo 1.091 del Código Civil, conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse a su tenor. Ante lo cual se responde que, limitado el artículo 1.091 a establecer la fuerza vinculante que para las partes tienen los contratos, el mismo presenta un *carácter* genérico que le priva de posibilidad de ser citado por sí solo en casación, como violado, a no ser que se armonice con algún otro de los más específicos que para cada caso contiene el Código Civil. A esto hemos de añadir que, la única y exclusiva razón en que la entidad aseguradora demandada ha pretendido basarse para rechazar la cobertura del siniestro producido ha sido la de que entendía que el daño sufrido por la mercancía transportada fue debido a una defectuosa estiba de la misma y no a una paralización o a un defectuoso funcionamiento de la máquina frigorífica. Después, se menciona la norma del artículo 1.249 del Código Civil y la jurisprudencia que la interpreta como infringidas, así como la doctrina de las presunciones en general, a lo que hay que contestar, y como reiteradamente ya hemos aludido, que el siniestro producido fue debido a una paralización más o menos temporal o a un defectuoso funcionamiento del aparato frigorífico, y no a una deficiencia estiba de la mercancía, ajustada tal teoría a las reglas de la estricta lógica —reglas del criterio humano—, según el artículo 1.253 del Código Civil. Además, se añade por la Sala, cuándo se pretende aplicar al seguro marítimo la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, que la única normativa que le es aplicable es la del Código de Comercio.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Logroño, en sentencia de 7 de septiembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Logro-

ño, en sentencia de 30 de mayo de 1994, desestima los recursos de apelación interpuestos.

Prospera el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Petición de indemnización de daños y perjuicios en la muerte del esposo y padre de los actores a consecuencia de las lesiones sufridas al ser embestido por una vaquilla en una plaza de toros durante el transcurso de un festejo de «toreo de vaquillas» y en un momento en que en la plaza había tres vaquillas sueltas.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de la Sala, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro han de resolverse en favor del asegurado, dada la naturaleza de contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las consecuencias de las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó —art. 1.288 del Código Civil—, interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, a cuyo tenor «las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito»; asimismo es doctrina jurisprudencial la de ser función privativa de los juzgadores en la instancia la interpretación de los contratos en litigio, fijando cuáles son las declaraciones de voluntad que forman el contenido obligatorio de los mismos determinando su sentido y alcance según la normativa vigente, debiendo prevalecer en casación el resultado alcanzado en esa actividad jurisprudencial, si bien el mismo es revisable en casación cuando se da una notoria infracción de las normas legales que regulan la labor exegética de los contratos contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, o cuando las conclusiones a que se llega son absurdas, desorbitadas o desprovistas de toda lógica. La póliza suscrita por el Ayuntamiento donde sucedieron los hechos era una póliza de responsabilidad no concertada con la finalidad de asegurar las consecuencias dañosas de los festejos taurinos programados, sino que dicha póliza aseguraba, entre otras, las responsabilidades derivadas de «manifestaciones festivas, culturales o deportivas organizadas por la Corporación Municipal durante el período de vigencia de la póliza». Además, el festejo en que se produjo el evento dañoso consistió en la suelta de vaquillas dentro de un espacio o recinto acotado para ser toreadas por las personas intervinientes en el festejo en el que toman parte todas cuantas personas quieran; con esta interpretación se establecen los justos límites del contenido de la póliza, la cobertura de responsabilidad civil por los daños que puedan sufrir los espectadores del festejo o terceras personas ajenas al mismo y que puedan resultar lesionadas.

La exclusión del objeto del seguro de la responsabilidad civil, que debe ser objeto de cobertura por un seguro obligatorio, se razona por la sentencia exponiendo que debe tenerse en cuenta que el perjuicio causado a los actores y que se reclama es notoriamente superior a dicha cantidad, se refiere a la cobertura del seguro obligatorio concertado con la codemandada «Winterthur» y no puede entrar en tal juego tal exclusión, además, la póliza concertada por el Ayuntamiento con la recurrente «Plus Ultra» no constituye un seguro voluntario y complementario del que, en cumplimiento de la Orden de 10 de mayo de 1982, artículo 3.º-6, concertó la Corporación Municipal con

Winterthur respecto a la muerte por accidente, por lo que la insuficiencia de la cobertura pactada en el seguro obligatorio no puede hacerse recaer sobre «Plus Ultra» sino sobre el propio Ayuntamiento tomador del seguro obligatorio que, al contratar tan exigua cobertura venía a asumir las consecuencias económicas que superasen la misma, pues ha de tenerse en cuenta que la obligación del Ayuntamiento era la de concertar un seguro «suficiente», no cualquier seguro con ínfima cobertura, ya que tampoco se trataba de un seguro obligatorio en que tanto la prima a pagar por el tomador como las indemnizaciones a satisfacer por la aseguradora están legalmente predeterminadas, lo que justificaría un seguro voluntario complementario del obligatorio, no en este caso en que el seguro obligatorio había de ser «suficiente». Las cláusulas limitativas examinadas fueron aceptadas de forma expresa por el Ayuntamiento tomador del seguro concertado con «Plus Ultra» que suscribió un «Pacto Adicional» por lo que tales cláusulas son oponibles por la aseguradora frente a terceros, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a la que se refiere la sentencia de 21 de mayo de 1996, al decir que «una doctrina reiterada de la Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa», además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario «suscrito por el asegurado», siendo lícito y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador respecto a concretos y específicos riesgos, siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos se den a conocer al asegurado y éste las acepte y, finalmente, las suscriba, requisitos todos que se dan en el presente supuesto.

DOCTRINA SOBRE «LA COSA JUZGADA». (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Denia, en sentencia de 2 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a); en sentencia de 1 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Objeto de la litis.—El médico forense que, en su día, reconoció al perjudicado lesionado, por error, no hizo constar en el parte médico emitido la existencia de la secuela por la que se reclama en la presente litis una determinada cantidad de dinero.

Doctrina de la Sentencia.—Se considera vulnerada la doctrina de la «cosa juzgada». Es doctrina de la Sala la que mantiene que cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal o ésta ha terminado por sentencia absolutoria o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en momento procesal oportuno, ya que no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, criterio que también recoge la sentencia de 8 de junio de 1970, que insiste en que ejercitada la acción penal se entenderá utilizada también la civil a no ser que el dañado

o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiese lugar y en el caso de autos es evidente que se ejercitó la acción civil conexas con la penal. No le incumbe al orden jurisdiccional civil «subsanan errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a tribunales de otro orden jurisdiccional».

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos urbanos

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LA FECHA DE RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO ES LA DE LA ENTREGA DE LAS LLAVES AL ARRENDADOR Y NO LA DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Sevilla estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial, salvo en lo relativo a la fecha desde la que surte efectos la resolución del contrato litigioso.

No se admite la casación. Solicitado por los demandantes la declaración del incumplimiento de las obligaciones del arrendador y que éste devolviera la fianza constituida. En Primera Instancia se declaró resuelto el contrato de referencia desde la fecha de la demanda y la de apelación confirma salvo la fecha que es la de entrega de las llaves al arrendador llevada a cabo en el inicial juicio de desahucio por falta de pago, instado por este último contra aquéllas y en el que había recaído sentencia, declarando la resolución del contrato. Este estaba resuelto por el desahucio, pero no tuvo efectividad hasta la devolución de las llaves por los arrendatarios al dueño del piso, lo que está reconocido por las partes. La ocupación y disposición por los recurrentes del piso o local de autos no concluyó, aun estando resuelto el contrato, por la sentencia de desahucio de 1 de marzo de 1989, hasta que no se devolvieron las llaves en 12 de mayo del mismo año, lo que elude el recurrente que parte del incumplimiento inicial por el propietario de sus obligaciones como tal, obviando las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, que no han sido modificadas en este recurso.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—AL DEDICARSE EL LOCAL ARRENDADO A DESPACHO DE ABOGADOS SE CONSENTÍA TÁCITAMENTE EN LA INTRODUCCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE PERSONAS EN EL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia de Sevilla revocó la anterior.

No procede la casación. Se arrendó el local para despacho de abogados y el propietario solicitó la resolución por haber introducido la arrendataria a los dos codemandados en el uso del local. Desestimada la demanda en la apelación, el recurrente basa el recurso en la vulneración del artículo 1.281.1 del Código Civil, ya que, siendo claros los términos del contrato y sin dejar duda alguna sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, no hallándose ajustada a Derecho la interpretación hecha por la sentencia. Esta dice que, al aceptar el arrendador como destino el despacho de abogacía, no sólo sabía qué iba a hacerse en el local, sino que la consentía plenamente. La interpretación de los contratos es función privativa de los tribunales de instancia, cuyo resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se encuentre ilógico o contradictorio con alguna de las normas legales de hermenéutica de los artículos 1.281 al 1.289 del Código. La expresión «Despacho de abogados» denota la aceptación por el arrendador de que una pluralidad de personas ejerzan la abogacía en el piso arrendado, como es lo sucedido en este caso, en el que no existe limitación alguna atinente a las relaciones internas que pudieran existir entre los ejercientes en el mismo, siendo obvio que, al denegarse la resolución contractual, no se han infringido los artículos 1.543 del Código Civil y 114.2.^a y 5.^a LAU.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—ESTANDO EL NEGOCIO A NOMBRE DE LA MUJER, DEBIÓ SER ELLA LA QUE OTORGASE EL CONTRATO, Y SIENDO ADEMÁS EL LOCAL GANANCIAL Y, EXCEDIENDO EL CONTRATO DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, TAMBIÉN DEBÍA INTERVENIR ELLA. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Las Palmas desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió la apelación.

No se admite la casación. La esposa, a cuyo nombre figura el negocio, entabla la demanda de nulidad del arrendamiento del mismo, otorgado por su marido, quien había fallecido poco después de haber concertado este arrendamiento y la Audiencia Provincial, revocando la anterior, declaró dicha nulidad. Estando el negocio a nombre de la actora, debió ser ella la que tenía que otorgar el arrendamiento en lugar del marido, porque el negocio instalado era el elemento principal del complejo «local de industria» arrendado y la intervención de la mujer, siendo además el local ganancial (art. 1.347.3 del Código Civil) y excediendo el tiempo de duración contractual de los límites de los actos propios de administración, se considera un acto de disposición, y careciendo el arrendamiento del consentimiento *uxoris*, como declara la sentencia combatida, siendo nulo el contrato, que carece del consentimiento de la mujer (art. 1.377 del Código Civil).

ACTUALIZACIÓN DE RENTAS DE LOCAL DE NEGOCIO.—NO SE EJERCITO LA ACCIÓN DENTRO DEL PLAZO DE TRES MESES Y ADEMÁS EL CONCEPTO «RENTA ANTERIOR» DEL SOPORTE ADECUADO, YA QUE SIENDO FRUTO DEL INCREMENTO PRECEDENTE HABÍA INCURRIDO EN EL DEFECTO DE RETRO ACTIVIDAD Y ADEMÁS NO SE APLICARON LOS REALES DECRETOS DE 1976 Y 1978 Y LA LEY DE 1980 SOBRE LIMITACIÓN DE RENTAS. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

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

No se admite la casación. Se alega que la sentencia recurrida es incongruente por haber alegado que en las notificaciones de actualización de renta no se habían tenido en cuenta las limitaciones de los Reales Decretos de 8 de octubre de 1976, 4 de enero y 26 de diciembre de 1978 y 1 de octubre de 1980, siendo así que la oposición a la demanda se había apoyado fundamentalmente en la excepción de cosa juzgada, la caducidad de la acción y la irretroactividad de la revisión. Ahora bien, comoquiera que las pretensiones de la demanda envuelven una declaración de licitud e idoneidad de los incrementos de cada uno de los períodos de actualización cuyas cuantías especifica, es evidente que el Tribunal no puede ignorar tales disposiciones y es obligado el conocimiento y aplicación del Ordenamiento jurídico —*iura novit curia*— sin que comporte alteración del equilibrio de las partes ni quebranto de la causa de pedir, que ha de descansar en la normativa vigente reguladora del tema. No se ejercitó la acción dentro de los tres meses de la negativa a su aceptación por la demandada y, en cuanto al último período de 1988-1989 de incremento, aun cuando éste oportunamente ejercitado en la demanda falla en su idoneidad y licitud porque el concepto «renta anterior» de cada una de las notificaciones carece del soporte que la viabilizaría, ya que siendo fruto del incremento precedente añadido a su vez a la renta del período correspondiente, había incurrido en los defectos de caducidad y retroactividad y en la no aplicación de la normativa antes aludida (RR.DD. de 1976 y de 1978 y Ley de 1980).

RETRACTO.—NO EXISTE ABUSO DEL DERECHO PORQUE CUANDO SE EJERCITA EL RETRACTO ESTABA VIGENTE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AUNQUE DESPUÉS SE RESOLVIERA ESTE POR VIRTUD DE UN PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

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

Triunfa la casación. La sentencia de apelación deniega la acción de retracto ejercitada, amparándose en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho de la LAU en su artículo 9 en relación con el artículo 7 del Código Civil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que el ejercicio del derecho se haga con la intención de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal y sin provecho para el agente que lo ejercita. La acción es relativa a una nave que se ha transmitido mediante subasta en un procedimiento judicial hipotecario, reconociendo la Sala la concurrencia de los requisitos que la Ley exige para la viabilidad de esta acción y, en especial, la legitimación activa del retrayente que ostentaba la condición de arrendatario del inmueble en el momento de la transmisión al tercero y en el momento de interponer la demanda. Las circunstancias de las que deduce la Audiencia el abuso de derecho, surgen por haber recaído sentencia en un procedimiento de desahucio por falta de pago, iniciado, estando en tramitación el presente juicio de retracto y que dio lugar a la resolución del contrato, alegando el recurrente que la sentencia de 1990 adquirió firmeza porque la consignación de las rentas ante el Juzgado sufrió un retraso y no puede aportarse en el juicio de desahucio, pero estas vicisitudes en nada afectan al ejercicio de la acción de retracto, ya que la retrayente era titular de un contrato de arrendamiento que estaba en

pleno vigor, no sólo al enajenar la finca, sino también cuando se ejercita la acción, siendo indiferentes las vicisitudes posteriores que pudiera sufrir tal contrato, pues la acción había nacido tres años antes. La Audiencia no justifica la anormalidad del ejercicio del derecho ni la intención de perjudicar ni la naturaleza antisocial del daño causado que fundamenten tal resolución.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS VENÍAN EXIGIDAS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA SU ADAPTACIÓN AL DESTINO REQUERIDO Y VENÍAN AUTORIZADAS EN LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES SIN QUE POR OTRA PARTE ALTERASEN LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Sabadell declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento se autorizó la subrogación del arrendatario por una sociedad de la que forma parte, pactando también que el arrendatario podría construir una pista polideportiva con pavimento de hormigón y un campo de fútbol-sala en la parte lateral delantera de la casa principal, pero sin talar ningún árbol, quedando estas obras a beneficio de la propiedad sin perjuicio del derecho del arrendador, respecto de las no contractuales, a ordenar su derribo y restaurar la finca a su estado actual a cargo del arrendatario. La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, dice que las obras realizadas no evidencian una alteración sustancial del conjunto, siendo necesaria la sustitución de la piscina antigua por una nueva para adaptarse a las normas vigentes, así como la escalera necesaria para evacuación como salida de incendios y, en cuanto a las obras del cobertizo, aunque impliquen una mutación o cambio de destino comercial, esta mutación no se contempla en la LAU como motivo resolutorio. Las obras eran exigidas o impuestas por la autoridad administrativa como requisito previo para su funcionamiento como «granja-escuela», principalmente las atinentes a la seguridad e higiene por cuanto iban a servir de albergue a los alumnos, estando autorizadas implícitamente en las cláusulas contractuales antes vistas. La configuración es algo contingente y circunstancial, deviniendo así en algo reservado al tribunal de instancia, así como las obras de carácter mueble que se puedan separar del inmueble sin deterioro ni menoscabo del mismo no pueden considerarse comprendidas en aquéllas a que se refiere el artículo 114.7 LAU. Ni la construcción de la fosa séptica en zona alejada del edificio y fácilmente suprimible al finalizar el contrato, ni la sustitución de la piscina antigua por una nueva entraña modificación de la configuración del inmueble, así como tampoco la colocación de una escalera metálica, por hallarse simplemente adosada a la fachada, ni la transformación del cobertizo, antiguo corral en habitáculo de la escuela, que, como vimos, sólo implica un cambio del destino primitivo del mismo.

SUBARRIENDO.—NO EXISTE CUANDO EL ARRENDAMIENTO INTRODUCE MAQUINAS DE JUEGO RECREATIVAS Y DE AZAR CON AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR, YA QUE AL NO HABER PRECIO CIERTO EN LA CESIÓN DE LAS MAQUINAS, POR PERCIBIR UN PORCENTAJE, NO ESTÁ INCLUIDO DENTRO DEL ÁMBITO DE LA LAU. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Salamanca estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Valladolid.

Triunfa la casación. Existía un convenio privado en el que la parte actora concede autorización a la arrendataria para que en el local arrendado introdujera el recurrente tres máquinas de juego, de azar y recreativas pactándose el porcentaje de lo recaudado, que percibirían las tres partes implicadas, especificándose que le correspondía a la arrendadora su parte, por la autorización que otorgaba para la finalidad antedicha y, ante la falta de pago del porcentaje se interpuso demanda de desahucio que se tramitó por las causas del artículo 744 y siguientes de la LEC con las modificaciones de la LAU. No puede calificarse de subarriendo de local la relación jurídica creada. El subarriendo debe recaer sobre el objeto arrendado y ha de tenerse los mismos elementos, entre ellos el tiempo determinado y el precio cierto, y no se puede considerar cierto un precio que depende de la recaudación que se obtenga en el negocio. El precio no puede ser aleatorio o contingente pues, de lo contrario, la naturaleza jurídica queda afectada por claros motivos asociativos que desvirtúan el arrendamiento haciendo tránsito a la aparcería industrial o sociedad, salvo que se pactase, junto a una cuota de beneficios, una cuota fija. En consecuencia existe la infracción del artículo 151 LAU, pues la acción ejercitada no puede fundamentarse en derechos reconocidos en dicha Ley. Aquí se trata de la resolución de un contrato asociativo con su correspondiente liquidación y ello cae fuera de la LAU.

ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA.—EL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA DEPENDE DEL OPTANTE ÚNICAMENTE QUE SE PERFECIONE Y SE HA PROBADO EL PAGO DE LA RENTA DENTRO DE LOS PRIMEROS OCHO DÍAS DEL MES, SIN QUE QUEPA ACEPTAR, COMO INCUMPLIMIENTO RELEVANTE, LO RELATIVO A LOS INCREMENTOS DE RENTA NI EL HECHO DE NO ABONAR LAS RENTAS DESDE LA FECHA DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Palencia desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Dice la sentencia recurrida que la condición, a cuyo cumplimiento se subordina la validez del documento de opción de compra, viene referida al pago puntual de rentas, conforme a la cláusula 3.^a de dicho contrato, y si esta condición no se cumpliera, el derecho de opción quedaría sin validez, y de la prueba se deduce el retraso reiterado en el pago de las rentas y, además, no se han revisado las rentas, incrementándolas conforme a lo pactado. Pero son hechos incuestionables del litigio, acreditados en autos: 1) Que por parte del actor se han satisfecho las rentas y en su poder constan los recibos suscritos por la arrendadora desde el 1 de junio de 1988. 2) Por oficio bancario constan los abonos correspondientes, sin solución de continuidad hasta el 1 de marzo de 1990. 3) Las fechas en que se realizan los abonos son durante los ocho primeros días de cada mes, por la práctica bancaria de abono en cuenta que siempre es posterior a la orden de pago. 4) Que, expirado el derecho de opción de compra, concedido sobre el local, no se accedió al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta según lo estipulado. 5) Se procedió a la revisión convenida en la cláusula 5.^a del arrendamiento y se procedió al pago del incremento correspondiente. 6) Tras el requerimiento

notarial para el ejercicio del derecho de opción se ha continuado el disfrute del local arrendado, si bien no se han satisfecho las rentas desde la presentación de la demanda. 7) Unido a la demanda consta cheque por el precio fijado para la opción. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el contrato de opción la compraventa futura está plenamente configurada y depende únicamente del optante, que se perfeccione o no (sentencia de 16 de abril de 1979, 4 de abril de 1987, 24 de octubre de 1990 y 23 de diciembre de 1991), por lo que se deben desestimar las consideraciones del recurso de apelación, pues se ha probado el pago de las rentas, sin que la demandante se opusiera como lo prueba la entrega de los recibos cada mes hasta que se ejercitó el derecho de opción, sin que quepa aceptar, como incumplimiento relevante, el de los incrementos de renta, pues no consta la conducta infractora de abonar estos incrementos, y el hecho de no abonar las rentas desde la fecha de la demanda, comporta un factor económico a tener en la cuenta en la decisión que se emita, que habrá de computar el *quantum* dejado de satisfacer por la parte recurrente para añadir, a los fines de liquidación económica, lo que proceda por el abono de rentas dejadas de satisfacer con los intereses legales de demora, desde que se presentó la demanda hasta el otorgamiento de la escritura.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE CONSIDERARSE VALIDO, TRAS LA VENTA EN SUBASTA PROVOCADA POR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO ANTERIOR, EL ARRENDAMIENTO EN EL QUE LA ARRENDADORA SE RESERVO UNA HABITACIÓN Y EL USO DE LA COCINA Y EL BAÑO. NO ES QUE SE RESUELVA EL CONTRATO, SINO QUE SE DECLARA INEXISTENTE. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. En un proceso por despido se embargó el piso, que se arrendó después al otro demandado, cuyo piso fue subastado y adjudicado el remate al actor, siendo claro que la conducta de la demandada de constituir un arrendamiento posterior a la anotación debe interpretarse como un intento de frustrar la ejecución desde el momento en que se reservó una habitación y el uso de la cocina y el baño, por lo que no puede sostenerse la subsistencia del arrendamiento tras la venta del piso. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por admitir el vínculo arrendaticio, contraído después de la constitución de la hipoteca o derecho limitativo del dominio, ha de apreciarse que, solicitada en la demanda, no la resolución del arrendamiento, sino su nulidad o inexistencia, y admitido que la conducta de la demanda fue un intento de frustrar la ejecución desde el momento en que se reservó una habitación y el uso de la cocina y el baño, no puede sostenerse la subsistencia del arrendamiento que se declara nulo o inexistente, basados en el recurso de combatir la resolución. No se puede proteger la posesión arrendaticia de buena fe, ya que la sentencia recurrida apoya su declaración de nulidad en la inexistencia de buena fe.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—*LAS PRESUNCIONES EN LAS QUE SE BASA LA SENTENCIA RECURRIDA INDICAN QUE EL ARRENDATARIO NO ESTABA EN EL LOCAL EN LAS HORAS DE ACTIVIDAD COMERCIAL Y SI LO ESTABA EL CODEMANDADO, SIN JUSTIFICAR LA RAZÓN DEBIDAMENTE Y SATISFACIENDO LA LICENCIA FISCAL POR LA ACTIVIDAD DE COMPRAVENTA DE AUTOMÓVILES USADOS QUE DOMICILIO EN EL LOCAL. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1995.)*

El Juzgado número 3 de Salamanca desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. No se prueba el error en la apreciación de la prueba argumentado. En el acta levantada a instancia de la demandante y arrendadora sólo se recogen las manifestaciones del requerido en el sentido de que no explota el local en ningún concepto sino que era disfrutado por el otro recurrente. Se incorpora el recibo de la licencia fiscal de actividades comerciales que acreditan que el segundo se había dado de alta el 10 de marzo de 1988 y causó baja el 28 de abril del mismo año, es decir, el mismo día en que contestó, siendo la actividad de compraventa de automóviles usados la que se desarrollaba en el local. Ni la prueba documental ni la de confesión judicial tienen valor decisorio y la sala no fundó en ellas su decisión. Las presunciones, que basaron la resolución de la Audiencia, son las que el arrendatario no estaba presente en el local del arriendo en las horas de actividad comercial y sí el codemandado, sin justificar la razón de ello, pues no está dado de alta como empleado, trabajador o comisionista y, por el contrario, satisfacía impuesto por la actividad de compraventa de vehículos usados, que domicilió en el local y la coparticipación en el negocio resulta solo simple indicio o posibilidad que no se acreditó y carece de fuerza para destruir los hechos en los que la Sala fundó sus conclusiones, que son las de efectiva introducción de un tercero en el arrendamiento a espaldas de la parte arrendadora que constituía cesión o subarriendo, incluso traspaso, sin la concurrencia del consentimiento de la parte arrendadora, bastando para que se incurriera en causa de resolución.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—*LA RECURRENTE NO SIGUIÓ DESPUÉS DE SU ADQUISICIÓN POR TRASPASO DEL NEGOCIO EJERCIENDO LA MISMA ACTIVIDAD QUE VENIA DESARROLLÁNDOSE EN EL Y CUYA CONTINUACIÓN EXIGÍA EL ARTICULO 32.2 DE LA LEY DE 1964. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)*

El Juzgado número 1 de Zaragoza desestimó la demanda y la apelación triunfó parcialmente, declarando la resolución del arrendamiento.

No se admite la casación. La recurrente, en su día adquirente por traspaso de un local de negocio dedicado a la fabricación de galletas y repostería, no ha seguido en la actividad de fabricación, incumpliendo así el compromiso que la Ley le impone en el artículo 32.2 de la LAU. Este hecho objetivo y que la misma recurrente admite, lo justifica en motivos puramente subjetivos que, no obstante, no impidieron adquirir por traspaso y asumir el susodicho compromiso, pero intrascendente para enervar los efectos legales de su incumplimiento en el artículo 114.6.º LAU. Al no existir ninguna causa de cese de la actividad que no le fuese imputable, producida fuera de la actividad empresarial, y que en una relación de causalidad la impidiera, la oposición de la

recurrente a la resolución del contrato no encuentra apoyo legal, pues nada obstaculizaba el que siguiera desarrollando la fabricación como antes del traspaso, aplazando sus deseos de mejora del negocio para mejor ocasión, en lugar de suspenderla.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LA INTRODUCCIÓN DE MÁQUINAS TRAGAPERRAS EN EL LOCAL FORMA PARTE DEL DEBATE DEL LITIGIO Y NO ALGO EXTRAÑO QUE PUDIERA DETERMINAR LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTE QUE PROVOQUE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN DICHO LITIGIO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Burgos desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la revisión. El arrendatario introdujo máquinas tragaperras en el local, alegando que el arrendador, padre del actual, prestó su consentimiento tácito, y al ocultar el arrendador tal consentimiento se había producido una maquinación fraudulenta, generadora de indefensión. Pero la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que provoquen un nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial. Los hechos deben apoyarse en causas ajenas al litigio y no en cuestiones debatidas, objeto impropio del recurso de revisión. Por ello ha de entenderse que la existencia o no de consentimiento expreso o tácito en la introducción de máquinas tragaperras ajenas, constituye un factor integrante del tema que era objeto del debate principal mismo, no algo extrínseco, como propugna el recurrente, y su determinación es materia constitutiva del mismo, de suerte que si no se discutió sobre ello, pudiendo y debiendo haberse hecho en dicho procedimiento, es algo que no puede atribuirse sino a la parte aquí recurrente que no puede calificarse como «actuación procedente de la parte contraria», lo que es imprescindible para su tenencia en cuenta a efectos revisorios, ni menos como actuación *extra procesum*. El tema que se trae a colación es un elemento anímico pero susceptible de probanza, como estimó la Sala de apelación en su sentencia.

INCREMENTOS DE RENTA.—LOS INCREMENTOS HAN DE APLICARSE SOBRE LA RENTA RESULTANTE DE LA ÚLTIMA REVISIÓN OPERADA, PORQUE ASI SE CUMPLE LA FINALIDAD DE QUE SE MANTENGAN LA EQUIVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PRESTACIONES RECÍPROCAS. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1995.)

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

No procede la casación. La Audiencia declaró la legitimidad de la revisión de la renta realizada por aplicación de la cláusula de estabilización 7.^a del contrato, condenando a pagar dicha renta desde agosto de 1989. En otro procedimiento entre las mismas partes recayó sentencia declarando válida y aplicable la referida cláusula 7.^a y la legalidad de los incrementos, lo que resuelve el proceso actual extendiendo su declaración a la circunstancia de que la actualización de la renta está calculada con la acumulación, no incluida en el suplico del proceso anterior y sí expresamente en el actual, por lo que no puede aplicarse la excepción de «cosa juzgada» como pretende el recurrente, por no existir perfecta identidad en la *causa petendi*. El Tribunal Supremo

tiene declarado (sentencias de 27 de enero y 25 de noviembre de 1987, 9 de marzo de 1988, 19 de abril de 1990 y 21 de marzo de 1995) que el coeficiente de elevación de renta pactada en los casos en que se conviene, simplemente que la renta pactada será revisada y ajustada anualmente, ha de aplicarse sobre la resultante de la última operada porque así se cumple la finalidad contemplada por los contratantes de que se mantenga la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones recíprocas y hacer que el valor inicial de la renta pactada permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED. Director: Profesor LASARTE)

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA POR CONTAGIO DE HEPATITIS C MEDIANTE TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. García Várela.

Se interpone demanda ante un Juzgado de Palma de Mallorca contra el INSALUD en reclamación de daños ocasionados por un contagio motivado por una transfusión de sangre. Dicho Juzgado desestima la demanda, pero la sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, que condena al INSALUD a satisfacer al actor la cantidad de seis millones de pesetas.

El recurso de casación interpuesto por el INSALUD es desestimado por el Tribunal Supremo que declara que aunque las pruebas de detección del virus de la hepatitis C no eran exigidas sino desde la Orden de 3 de octubre de 1990, esta particularidad no exonera de responsabilidad a la entidad recurrente, ya que a partir de la primavera de 1989, no sólo en el espacio científico, sino también en el de la opinión pública, se conocía la gravedad de la hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por la vía de la responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad del INSALUD.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO RESPECTO AL TRABAJADOR ACCIDENTADO POR NO HABER TOMADO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD QUE HUBIERAN EVITADO EL DAÑO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Gullón Ballesteros.

Se demanda ante un Juzgado de Lucena por lesiones ocurridas a un trabajador al producirse una explosión de un barrilete existente en la fábrica del empleador, siendo estimada la petición y confirmada por la Audiencia Provincial de Córdoba, condenando al empresario al pago de veinte millones de pesetas.

Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo la desestima. Gira el motivo de la casación en torno al desconocimiento del contenido del barrilete por el empresario, pero sin tener en cuenta que ambas sentencias de instancia le imputan la responsabilidad por omisión de cuidados elementales. Dice la de primera instancia que: «permitió la presencia en su empresa de sustancias con especiales riesgos, sobre la que no había tomado ninguna medida de seguridad, teniendo en cuenta que si el barrilete procedía de una antigua fábrica de jabones, antes de instalar la planta orujera, debía haberse procedido a un rastreo y limpieza de restos de la antigua fábrica, hasta dejar el lugar de trabajo en condiciones aceptables de seguridad e higiene. Y si dicha sustancia peligrosa no se aisló, no se puso en lugar seguro y seco y no se etiquetó haciendo constar el contenido del recipiente y las precauciones que hay que adoptar en su manejo, ciertamente son todas causas determinantes y conductas culposas que determinan que se produzca el accidente y de las que se debe responder, debiendo indemnizarse el daño causado en una correcta aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda en todas sus partes».

Se confirman las apreciaciones de instancia y en consecuencia se declara no haber lugar a la casación.

FALTA DE CULPABILIDAD DE LA VICTIMA.—EMPRESA SUBCONTRATADA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan estima la demanda que pedía una indemnización de 7 millones de pesetas por un fallecimiento en accidente laboral, contra los dueños del edificio, la empresa que contrató la obra y la subcontratista. La Audiencia de Ciudad Real mantiene la sentencia respecto a los dueños y la empresa de la subcontrata, pero absuelve a la primera empresa contratante. El Tribunal Supremo declara que hay responsabilidad solidaria de todos los intervinientes.

Son datos probados que la muerte del señor Pérez (padre y cónyuge de los actores y hoy recurrentes) se produjo como consecuencia de un roce con un cable de alta tensión cuando trabajaba en la cubierta de una nave, sita en Socuéllamos, en la carretera del Bonillo, s/n. La nave en la que se encontraba trabajando el fallecido era propiedad, el día de los hechos, de don Enrique Báides Sánchez. El mismo encargó la construcción de ella al demandado don Dionisio Delgado, el cual subcontrató con la entidad Rocalla, S.A., también demandada, que a su vez subcontrató con la entidad mercantil Amcosa, el montaje de la cubierta, siendo el fallecido socio y trabajador. El cable de alta tensión, causa material de la muerte, «discurre —como precisa la sentencia de segunda instancia— por encima de la techumbre de la nave industrial a la que aquél subió para efectuar determinadas reparaciones». Valora, asimismo, la sentencia recurrida, el riesgo derivado de la escasa distancia entre el cable y

la cota del tejado de la nave que quedó reducida a setenta centímetros, pero al tiempo pondera que «no puede estimarse que el solo hecho de la construcción de la nave en ese concreto lugar constituya de por sí un acto imprudente» «pues para cualquiera que tuviera que acceder al tejado, se trataba de un riesgo plenamente previsible, evitable y fácilmente eludible». La sentencia recurrida termina apreciando la «culpa de la víctima y la paralela ausencia de responsabilidad de los demandados-apelantes, pues si el trabajador de otra empresa con la que la demandada no tiene vínculo de dependencia o jerarquía, asume un riesgo visible y evitable, no hay razón jurídica alguna para imputar a dichos demandados culpa o negligencia, que corresponde, exclusivamente, a la empresa para la que prestaba servicios la víctima, que es la que ha de controlar las condiciones laborales de seguridad de sus operarios». Mantiene, por tanto, la condena de primera instancia, respecto de Amcosa (la empresa familiar) y absuelve a los demás demandados.

Sigue diciendo la sentencia del Tribunal Supremo: El primer motivo del recurso (art. 1.692-4.º) denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, puesto que la Sala no extrae las consecuencias jurídicas atinentes del reconocimiento que efectúa sobre la generación del riesgo, ocasionando por la construcción de la nave. Efectivamente, mal puede concluirse que de un riesgo genérico (peligro del cable de alta tensión), especialmente agravados por una construcción que impide que un hombre de estatura mediana, pueda ponerse de pie o permanecer ni siquiera de rodillas o agachado sin una vigilancia continua y con una incomodidad manifiesta, no se deriven responsabilidades para quienes lo crearon, pues su mera existencia obligaba a que cualquier obra o reparación en la cubierta exigiera medidas especiales de prevención a cargo de aquéllos. Mal se conjugan estas obvias consideraciones con la valoración jurídica que de los hechos realiza la sentencia de instancia. Por tanto, se acoge el motivo. La precedente estimación torna, además, en inútil el examen de los demás motivos, por cuanto produce el efecto de recuperar la instancia.

En referido trance, y conforme a los hechos y razonamientos recogidos y expuestos, se aceptan sustancialmente los fundamentos de la sentencia de primera instancia que hace responsables solidarios a todos los demandados por culpa derivada del artículo 1.902, según los razonamientos que explicita. Tanto el propietario de la obra, como el constructor y las empresas subcontratadas, deben asumir las consecuencias jurídicas de la agravación de riesgos, por ordenar y ejecutar materialmente una obra, en sí mismo, peligrosa en estado permanente, sin que conste se adoptaran sistemas de seguridad eficaces, medidas preventivas adecuadas, ni advertencias específicas para la evitación de tales riesgos, al menos, para aquéllos que, por razón de trabajo, tuvieran que subir a la cubierta. Los argumentos de la sentencia recurrida sobre la culpa de la víctima no se comparte, ni siquiera como minoración del *quantum* indemnizatorio, que fuera resultado de la apreciación de una concurrencia de responsabilidades, pues, por patente que fuera el tendido del cable, el riesgo no se eliminaba y, según se reconoce en la propia sentencia, «cada vez que se trabajaba en la nave se procedía a cortar la corriente», lo que no se hizo el día del luctuoso suceso, pues aunque «no consta que el infortunado trabajador avisara» que iba a subir, tampoco consta lo contrario y, sí, en cambio, que el objeto de su trabajo fue «comprobar unas grietas o fisuras que habían aparecido en el tejado», razones que impiden fundar, basándose en conjeturas, la culpa de la víctima. En consecuencia, hacemos nuestro el fallo de la sentencia de primera instancia.

RECLAMACIÓN EN VÍA CIVIL DE INDEMNIZACIONES POR PADECIMIENTO DE DEPRESIÓN A CARGO DE TRABAJADORA FRENTE A EMPRESA A CONSECUENCIA DE TRATO INDIGNO. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Villagómez.

Ante el Juzgado de Madrid número 52, se interpuso demanda en solicitud de indemnización fundada en responsabilidad extracontractual por depresión de una trabajadora motivada por tratamiento discriminatorio. En primera instancia se admite la excepción de incompetencia de jurisdicción, ya que corresponde el asunto a los Juzgados de lo Social. La Audiencia Provincial de Madrid confirma, pero el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación y concede a la demandante una indemnización de tres millones de pesetas.

Se combate la sentencia de apelación en cuanto desestimó la demanda de la recurrente, al negarle derecho a reclamar en vía civil, conforme al artículo 1.902, pues se decidió que es la legislación laboral la que prevé prestaciones para los supuestos similares al objeto del pleito, y ha de evitarse la duplicidad de indemnizaciones. Hay que decir que no se aportó prueba alguna de que el padecimiento psíquico que afecta a la actora hubiera obtenido alguna calificación referida a accidente en el trabajo y por ello se hubiera reclamado o satisfecho alguna indemnización.

Esta Sala de Casación Civil no acepta dicha conclusión decisoria. La responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente, que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre. Dicha relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de fecha 26 de noviembre de 1990, habiendo percibido la cantidad total de siete millones de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito, y que hay que referir necesariamente al contrato de trabajo resuelto.

La competencia de la Jurisdicción civil para conocer esta controversia judicial resulta así justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. No se excluye de manera tajante y plena dicha culpa aquiliana, cuando la actuación culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que, como dice la sentencia de 8 de julio de 1996, se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato y esta negligencia, en cuanto conforma culpa civil, despliega sus efectos propios y consecuentes en forma independiente y conforme al artículo 1.902 del Código Civil, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y de clase extracontractual, y la subsistencia de ésta complementa a aquella «en cuanto integra todos los efectos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne al patrimonio del perjudicado», por tratarse de actividades que exceden la específica órbita del contrato laboral, lo que es aplicable al caso que nos ocupa. Son numerosas las sentencias de esta Sala que declara la compatibilidad y procedencia de las indemnizaciones civiles en el ámbito de la culpa extracontractual (sentencias de 2-1-1991, 27-11-1993, 7-3-1994, 22-7-1994, 31-5-1995, 21-11-1995, 15-6-1996 y 14-11-1996, entre otras).

CUANDO SE ACCEDE A UNA ACTIVIDAD PELIGROSA POR SI MISMA, ACEPTANDO VOLUNTARIAMENTE LOS RIESGOS DE SU PRACTICA, HAY QUE TENER POR CAUSANTE A LA PROPIA VICTIMA. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sra. María Martínez Pardo.

La actora se inscribió en un curso organizado por el Servicio Territorial de Cultura de la Junta de Castilla y León, que se impartió en el Club de Vuelo Libre de Segovia, cuyo director es el demandado; pocos días después del comienzo del curso, la actora sufrió una caída, no se le había explicado el funcionamiento y manejo del parapente, no existía ni médicos ni ambulancias en el lugar; como consecuencia de la caída, los Servicios Sociales declararon la condición de minusvalía en el grado de 33 por 100.

La demanda de indemnización basada en el artículo 1.902 del Código Civil fue desestimada en primera instancia, confirmándose en la Audiencia Provincial de Valladolid.

El Tribunal Supremo desestima la casación.

Se trata de un curso que, como dice la propia parte en el motivo, era sobre actividad «peligrosa por sí misma», curso al que se accede voluntariamente, aceptando los riesgos del aprendizaje y práctica y nada hay en los autos que permita deducir que no le suministraron las enseñanzas suficientes para realizar los ejercicios de despliegue del parapente en carrera sobre el suelo, ni de la práctica de pequeñas elevaciones para posarse después, maniobra en la que no siguió las enseñanzas sobre tracción por poleas.

Al caso de autos no es de aplicar la doctrina de la creación del riesgo ni de la inversión de la carga de la prueba y no puede indiscriminadamente atribuir responsabilidad por hechos de los que razonablemente hay que tener por causante a la propia víctima.

NEGLIGENCIA MEDICA. RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA POR LA ACTUACIÓN DE LOS MÉDICOS A SU CARGO. «QUANTUM» INDEMNIZATORIO.

Ante un Juzgado de Gerona demanda el actor una indemnización por actuación incorrecta de los médicos dependientes de dos mutualidades, a las que también se demanda. La sentencia de primera instancia y de la Audiencia son concordes.

El Tribunal Supremo las confirma.

Resulta conforme a los hechos probados que concurren todos los elementos fácticos exigidos para que sea adecuada la calificación jurídica que imputa culpa por negligencia al médico, sin que por ello pueda hablarse de infracción del artículo 1.902. Pero también resulta probada la relación de dependencia que se objeta. En efecto, como establece la sentencia impugnada con fuerza de hechos probados, «en el caso concreto, el doctor Pere Vila Vila, médico de la "Asociación Mutual Layetana", previo reconocimiento de don Teodoro Romero Madera, consideró oportuno remitir al mismo a la Clínica Bofill, por cuenta de "Asociación Mutual Layetana", para que fuera visitado por el médico que se hallare en tal clínica, que resultó ser el doctor Antoni Bordas». Luego la Clínica Bofill designó al interviniente, doctor Bordas. Es igualmente responsa-

ble la «Clínica Bofill, S.L.», no por razones de responsabilidad extracontractual, sino también por responsabilidad contractual, pues existe una dependencia funcional y económica de la Clínica Bofill, S.L., con respecto a la Mutua.

La indemnización de daños y perjuicios y determinación de su cuantía dentro de lo pedido, como cuestiones de hecho una y otra, son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y el ejercicio de su prudente arbitrio no puede impugnarse en casación (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1982, reiterada por otras muchas). No es cierto, además, que la sentencia de instancia haya procedido de manera desproporcionada, sin tomar en consideración aspectos probatorios relevantes.

CORRESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO DE BOMBEROS EN UN INCENDIO. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL 1999).

Ponente: Sr. O'Callaghan.

La Audiencia Provincial de San Sebastián confirmó íntegramente una sentencia del Juzgado número 1 de dicha capital, condenando a indemnizar por los daños sufridos por razón de un incendio a todos los codemandados, menos uno; uno de los condenados es el Ayuntamiento de Lezo, que recurre en casación. Este recurso es desestimado:

«Por último, en cuanto al Ayuntamiento de la Universidad de Lezo, su responsabilidad deriva de un mal funcionamiento del servicio público del que es responsable, porque está acreditado, como lo establece la sentencia recurrida que en el polígono industrial de dicho Ayuntamiento, donde hay más de cien talleres abiertos, no funcionó adecuadamente el sistema de hidrantes sin que pueda alegarse como causa de exclusión de la responsabilidad la falta de agua, cuando dicho Ayuntamiento también es el responsable del abastecimiento del agua. Pero es que, además, la empresa Garazi, S.L., no había tramitado el correspondiente expediente de actividad peligrosa, pero por otro lado también el Ayuntamiento había ejercido sobre ella el control correspondiente, exigiendo la tramitación de dicho expediente, que hubiera supuesto las exigencias de determinadas medidas de seguridad adecuadas a la actividad peligrosa desarrollada, lo cual, evidentemente, hubiera supuesto una reducción de los riesgos de que se produjeran los daños efectivamente producidos».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. REQUISITOS PARA EXIGIRLA. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

Como consecuencia de un accidente laboral del que se derivó la muerte de la persona encargada del trabajo, se condena al pago de una indemnización a sus herederos a la empresa que contrató sus trabajos. Confirmada la sentencia de un Juzgado de Valladolid por su Audiencia Provincial, es igualmente confirmada por el Tribunal Supremo.

Los hechos son: A) La empresa «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» contratada por la Junta de Castilla y León, realizaba un tratamiento de orugas en los pinares, habiendo sido contratada mediante concurso. B) En el pliego de cláusulas administrativas que regían la contratación, se determinó que serían de cuenta del adjudicatario, entre una serie de cosas, la presencia continua de un técnico ingeniero superior o técnico de montes especialista en trabajos aéreos (cláusula 4.^a); asimismo que en los precios ofertados se incluían toda clase de seguros de material y personal (cláusula 7.^a); e igualmente que el adjudicatario del concurso se responsabilizaba de la correcta aplicación de los productos y de los riegos de los siniestros del material y personal implicado (cláusula 18) (folios 57, 58 y 63). C) Para realizar la labor de fumigación se contrató por «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» al joven Javier Gutiérrez Urbón. Así se admite por todas las partes en sus escritos, y por el codemandado señor Obama al confesar. D) La organización y programación del trabajo le incumbía al codemandado Eduardo Obama, quien trabajaba contratado por «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» y como técnico encargado también de la instrucción a los trabajadores sobre cómo debía realizarse el trabajo (folio 22 y confesión del señor Obama). E) El trabajo de Javier Gutiérrez consistía en el manejo de una pértiga de aluminio de 8,44 metros de longitud con un círculo destellante en el extremo superior, que debía de ser izada a cada paso del avión que vertía el líquido fitosanitario para que el piloto advirtiera a través de los reflejos de la parte superior de la barra metálica el lugar que debía fumigar. Tras cada paso del avión, los señaleros tenían que bajar la pértiga y caminar con ella en horizontal dando 35 pasos para levantarla de nuevo y hacerse ver. G) El día 28 de enero de 1990, sobre las 8,30 horas, Javier realizaba su recorrido al borde del pinar que se estaba fumigando, llevando la pértiga de aluminio. Al lado del pinar existe una línea de alta tensión elevada 7,20 metros del suelo, según reconoce al confesar el señor Obama. H) El señor Obama, a pesar de ser el director técnico de los trabajos, no reparó en que los cables de alta tensión, que al parecer todos vieron (folio 24), significaban un riesgo si se utilizaba la pértiga de aluminio en la señalización. I) Tampoco el señor Obama Obono incluyó entre sus simples instrucciones la advertencia del peligro de la línea eléctrica; únicamente indicó a los señaleros que cuando dieran los 35 pasos tenían que llevar la pértiga y sólo subirla cuando se estuviera en el punto. J) En un momento determinado, Javier Gutiérrez recibió una descarga eléctrica del cable de alta tensión a través de la pértiga que manejaba, bien porque ésta tocara directamente o bien por la aproximación de la misma a los cables.

Desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, y sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1.902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que «la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1.902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado», y, sigue diciendo «por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del —riesgo—, bien de su equi-

valente del de —inversión de la carga de la prueba—, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado (dicho art. 1.902 del Código Civil)». Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero)».

Y centrado todo lo anterior al presente caso controvertido, hay que afirmar que permitir al asalariado en cuestión la utilización de unas pértigas metálicas superlativamente conductoras de electricidad de casi ocho metros y medio de largas en un lugar en que se sabía que había unos cables transportadores de electricidad de alta tensión a una altura de siete metros y veinte centímetros, supone por parte del empleador la omisión de normas inexorables o aconsejadas, y no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en un accidente real mortal. En otras palabras, que nos encontramos en una acción culpable —no hace falta llegar a la objetivación culpabilista— que permite la perfecta aplicabilidad del artículo 1.902 del Código, como correctamente se ha efectuado en la sentencia recurrida.

NEGLIGENCIA MEDICA EN UNA CURA DE URGENCIA AL NO HABER PREVISTO LAS CONSECUENCIAS ADVERSAS DE UNA TERAPÉUTICA DEFICIENTE. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Sr. Menéndez Hernández.

La sentencia desestimatoria dictada por un Juzgado de Málaga fue revocada por la Audiencia Provincial, que consideró que el médico actuó erróneamente y por ello le condenó, con el INSALUD, a pagar una indemnización de siete millones de pesetas al demandante.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

Evidentemente la atención terapéutica tuvo carencias importantes. Según las opiniones médicas más autorizadas, un politraumatismo en la mano izquierda con herida a nivel de la primera comisura y fractura de las bases de los metacarpianos y sobre todo con lesión por compresión vascular y edema y en previsión de posibles necrosis, debe provocar un ingreso del paciente para la debida observación y seguimiento de posibles infecciones y graves complicaciones futuras. No se hizo así, sino que se optó por escayolar el miembro afectado, generando una presión insoportable al accidentado; posteriormente se hicieron cortes en la escayola y se vendó la mano por encima de la escayola, recetando al paciente, para paliar los dolores, supositorios de Nolotil. Ante la insistencia del enfermo y al advertir el color morado de la palma de su mano y el olor fétido, es cuando se decide, ya tarde, su ingreso en el Hospital Carlos Haya, y doce días después la amputación de la mano lesionada a nivel del tercio inferior del antebrazo.

La negligencia médica es patente al no haberse ordenado el ingreso hospitalario inmediato del paciente, aconsejándole que volviese a consulta varios días después. Como exculpación de responsabilidad, se arguye: «La ausencia

de la historia clínica completa en el procedimiento hace imposible una adecuada valoración de la asistencia prestada a José A. Pino Pinazo».

El argumento hay que interpretarlo *a contrario sensu*. La ausencia de historial clínico constituye una negligencia adicional de carácter burocrático, que impide la aplicación del párrafo último del artículo 1.903 del Código Civil («La responsabilidad —por actos ajenos— cesará cuando los responsables prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»). Y como no hubo diligencia sino, por el contrario, patente negligencia, la responsabilidad del INSALUD es innegable.

Y ello en estricta y literal aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, según el cual la responsabilidad extracontractual es exigible también por los actos u omisiones de aquellas personas de las que se debe responder. Y entre estos responsables por actos de otro figuran los establecimientos (por ejemplo, un hospital) respecto de los perjuicios causados por sus dependientes (los médicos) en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados (los facultativos en las prestaciones sanitarias) o con ocasión de sus funciones (asistencia médica).

RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO Y DE LA CLÍNICA AL REALIZAR UNA OPERACIÓN SIN LA CONCURRENCIA DE ANESTESISTA CON FALLECIMIENTO DEL PACIENTE. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Martínez Calcerrada.

El Tribunal Supremo casa las sentencias de un Juzgado de Bilbao y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que desestimaron la demanda por entender que se debía probar la negligencia. Dice el Juez, con evidente desacierto, «...No han acreditado los actores la ausencia de información a la familia de la forma en que aquélla se produciría, y aún habiéndolo hecho tampoco se prueba que la desautorizaran, sino que, por el contrario, la admitieron expresamente en la autorización antes referida»; y es que, no cabe compartir la irrelevancia de esta información, según pretende la Audiencia, pues es una exigencia ineludible dentro de la total estructuración de repetida *Lex artis ad hoc*.

Dice el TS que la responsabilidad de consiguiente del médico codemandado es bien expresiva, pues, entre otros argumentos, además, del ampliamente examinado de su omisión del deber de información —se reitera— que no siendo especialista —F.J. 3.º-2-2 de la Sala *a quo*—, aplica la anestesia y, por otro lado, elude cualquier prueba de tolerancia del anestésico empleado; por lo que es aplicable asimismo la doctrina de la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1998, que dice así: «La responsabilidad civil de los anestelistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y proporcionar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente».

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA CONOCER DE RECLAMACIONES INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE ACCIDENTE LABORAL. LA ACTIVIDAD PREVENTIVA DE ACCIDENTES MINEROS.

La demanda contra la Empresa Nacional de Hulleras del Norte (HUNOSA) por fallecimiento de un minero fue estimada por el Juzgado de Pola de Laviána, pero la sentencia de primera instancia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que declaró de oficio la incompetencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda y previno a las partes para que usaran de su derecho ante la jurisdicción social.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia con argumentos dirigidos a la actividad preventiva de la empresa para evitar accidentes.

La causa del evento de autos fue un derrame de carbón motivado por la existencia de una bolsa de grisú, cuyo escape produjo el desprendimiento súbito del mineral que atrapó a los mineros, y, sin perjuicio de que su efectividad no ha provocado para la empresa «HUNOSA», ni para sus empleados o directivos, consecuencias nocivas de índole penal o administrativo, como tampoco recargo en las prestaciones de la Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad, es evidente, como demuestra la numerosa estadística atañente a los desgraciados sucesos de esta índole, recordada a menudo en las informaciones oficiales, que las tareas laborales en las minas de carbón ofrecen clara y singular peligrosidad, muchas veces derivada de emergencias con resultado de muerte o de lesiones gravísimas en los operarios, dadas las contingencias inminentes y repetidamente acaecidas, de manera que la actividad preventiva ha de manifestarse aquí con mayor sensibilidad que en otros campos del trabajo, mediante la rigurosa adopción no sólo de las previsiones reglamentarias, sino de otras *ad hoc*, y, según la *lex artis*, en verdad, técnicamente imaginativas para evitar y reducir los efectos de los desfavorables acontecimientos de referencia.

La falta de la referida diligencia preventiva provoca la declaración de culpabilidad civil de la empresa «HUNOSA», debido a que, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1.902 del Código Civil, sea admitida, se hace precisa la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta.

ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE POR EL AYUNTAMIENTO (EN 1940) PARA CASA-CUARTEL DE LA GUARDIA CIVIL Y DEVOLUCION, AL TERMINAR EL ARRENDAMIENTO (EN 1991) CON DAÑOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO Y EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Sr. O'Callaghan.

Con fecha 7 de mayo de 1940, el propietario de la casa, causante de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación, propietarios hoy de la misma, y el Ayuntamiento de Balmaseda (el Alcalde-Presidente de la Corpo-

ración Municipal, previo Acuerdo de 20 de abril de 1940, de ésta) celebraron contrato de arrendamiento de dicha casa, cuyo destino sería servir de casa cuartel de la Guardia Civil; fue ocupada y poseída por miembros de ésta pagando la renta la Dirección General de la Guardia Civil, hasta que en fecha 22 de julio de 1991 es desalojada y se entrega el inmueble al Ayuntamiento de Balmaseda, que lo recibe y lo entrega a los propietarios, causahabientes de aquél que contrató como arrendador (demandantes y recurrentes en casación): éstos advierten el grave deterioro que sufre el inmueble y formulan demanda en reclamación de indemnización de los daños, contra el Ayuntamiento de Balmaseda, como arrendatario y contra la Administración del Estado, en la que está integrada el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Guardia Civil como causante de los daños.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Bilbao estimó parcialmente la demanda y condenó a indemnizar al Ayuntamiento de Balmaseda, absolviendo a la Administración del Estado. Fue confirmada por la de la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de la misma ciudad. El Ayuntamiento de Balmaseda ha formulado recurso de casación en un solo motivo. Los demandantes lo han formulado asimismo en nueve motivos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso del Ayuntamiento y estima el de los demandantes, condenando a dicho Ayuntamiento como contratante del arrendamiento y solidariamente a la Administración del Estado por culpa extracontractual.

La obligación de indemnizar del Ayuntamiento de Balmaseda deriva de su calidad de arrendatario, ya que como tal contrató (en 1940) y como tal devolvió el inmueble al propietario (en 1991) y subsiguientemente como tal, incurrió en responsabilidad contractual (art. 1.556) por incumplimiento de su obligación de custodia (art. 1.559 del Código Civil) y la de devolver la cosa tal como la recibió (art. 1.561) que se presume fue en buen estado (art. 1.562), que se corresponde a la obligación de usar la cosa como un diligente padre de familia (art. 1.555.2.º).

La obligación de indemnizar por la Administración del Estado deriva de la llamada responsabilidad extracontractual, plasmada como principio en el artículo 1.902 del Código Civil y en la del Estado se recoge, como responsabilidad objetiva, en relaciones de derecho privado, en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, vigente al tiempo de la reclamación: *cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración*. Los agentes del Estado, miembros de la Guardia Civil, poseyeron el inmueble, casa-cuartel, en relaciones de derecho privado, y causaron en el mismo daños; la responsabilidad directa y objetiva del Estado es indudable, sin perjuicio de la yuxtaposición de la misma a la contractual del arrendatario.

ACCIDENTE DEL TRABAJO. CAÍDA DE TEJADO. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Sr. Villagómez.

El obrero lesionado demanda a la empresa en la que está empleado por accidente laboral y el Juzgado número 10 de Bilbao desestima la demanda

por entender que faltó litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado también a la sociedad propietaria del edificio. La Audiencia Provincial anuló la demanda porque considera que no era necesario demandar a la sociedad que no había participado en absoluto en las operaciones.

El recurso de casación interpuesto por la empresa empleadora es desestimado, confirmando el fallo de la Audiencia de indemnizar al operario. La excepción aducida no cabe ser acogida, ya que no se demostró que la empresa comitente hubiera desplegado actividad alguna, tanto directa como indirecta en la causación del accidente. El caso que nos ocupa se trata de responsabilidad por culpa extracontractual (art. 1.902 del Código Civil), y de acuerdo con la jurisprudencia civil, el litisconsorcio pasivo necesario no deviene en estos supuestos por razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieran resultar obligadas, y de este modo el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellas, como responsable y deudora por entero de la obligación de reparar el daño causado, según dispone el artículo 1.144 del Código Civil.

El actuar culposo y negligente de la recurrente se basa en los hechos demostrados que acreditan que en ningún momento hubiera impartido instrucciones para que el trabajador sujetara el cinturón de seguridad a los elementos estructurales del edificio, lo que hay que entender que no medió prohibición expresa y menos control adecuado para que no realizara los trabajos más allá del ámbito que permitía el anclaje del cinturón, teniendo en cuenta que se trataba de realizar actividades que exigían movilidad sobre la cubierta de referencia.

J. M.^a C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NACE EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL DAÑO, NO EN EL QUE SE DICTA LA SENTENCIA; NO SE APRECIA CASO FORTUITO NI FUERZA MAYOR, Y SI EN CAMBIO RELACIÓN DE CAUSALIDAD; ARTICULO 106 DE LA CONSTITUCIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1999.)

Hechos.—Un paciente ingresado en un hospital fallece como consecuencia de una caída sufrida en el mismo.

Doctrina de la Sentencia.—La obligación de indemnizar nace en el mismo momento en que la actitud negligente causa el daño, y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia. La sentencia tiene un valor declarativo de la obligación, no es constitutiva de la misma ... declara que la obligación de indemnizar se ha producido en una época anterior, coincidente con la producción del daño ... declara, no pro futuro, sino retroactivamente.

No hubo un temblor de tierra que provocase la caída, ni un mareo incontrolable en una persona dotada de una gran salud; fue la caída totalmente previsible de una persona muy enferma y muy debilitada, incapaz de sostenerse sin ayuda ajena.

De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución los particulares, en los términos establecidos por la ley (en nuestro caso los arts. 1.902 y siguientes del Código Civil), tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza

mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Comentario.—Resulta especialmente interesante la primera afirmación que realiza la Sala, en el sentido de que la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar, nacen en el mismo momento en que la conducta negligente causa el daño, y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia. Dicha afirmación parece casi innecesaria, porque en ninguno de los textos legales civiles se exige declaración judicial para el nacimiento de una obligación (recuérdense los arts. 1.089 y 1.902 del Código Civil, relativos a las obligaciones en general y a las obligaciones extracontractuales específicamente). Es, además, doctrina unánime que la existencia de responsabilidad extracontractual requiere la concurrencia de tres elementos, un daño, conducta culposa del agente, y nexo causal entre ambos, siendo la declaración judicial necesaria para reconocer la existencia de dicha responsabilidad (que surge cuando concurren los tres requisitos citados), pero no para crearla, como si fuera un cuarto requisito. No obstante, en el supuesto resuelto ha hecho falta recordarla para rechazar el sorprendente argumento utilizado por el Insalud, que intenta zafarse de su responsabilidad alegando que, aunque los actos causantes del daño se produjeron antes de haberse transferido los servicios de salud al Instituto Catalán de la Salud, en el momento de producirse el fallo judicial, dicho Instituto era ya titular de tales servicios, por lo que él debía ser el obligado a responder.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: TEORÍA DE LA CREACIÓN DEL RIESGO, PRINCIPIO DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Un menor sufre lesiones por la explosión de una bengala, que había sustraído de unas dependencias municipales, y a la que estaba golpeando con una piedra.

Doctrina de la Sentencia.—Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños ocasionados por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose además esta doctrina por esta Sala con un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con estándares medios ... y tampoco es causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, como tiene proclamado esta Sala, es muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño ... No puede afirmarse que el depósito en locales municipales, cerrados y no abiertos al público, de tres bengalas de señalización para usos náuticos constituya una actividad que implique un riesgo considerablemente anormal para terceros que no tenían acceso al recinto, salvo que se quiera dar a la teoría de la creación del riesgo una extensión desmesurada, comprensiva de actividades que sólo en condiciones muy excepcionales puedan considerarse generadoras del mismo.

De otra parte, para la determinación de la existencia de un enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño resultante, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige la

determinación de si la conducta generadora del daño es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, no siendo suficientes la simples conjeturas, o la existencia de datos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño ... en este caso, las precarias condiciones del cerramiento del local no pueden considerarse como antecedente necesario o causa originaria del daño producido, que sólo es efecto del proceder negligente de los menores que, forzando la puerta de entrada, se apoderaron de la bengala y procedieron a su manipulación, golpeándola con una piedra a fin de extraer la pólvora que contenía ... tal conducta es la causa necesaria del daño habido, la única que tiene virtualidad suficiente para ello, eliminando así del curso, causa de los hechos, la incidencia que en la producción del daño haya podido tener cualquier otro antecedente coincidente en el tiempo.

Comentario.—La llamada doctrina del riesgo se ha formulado por la doctrina para atenuar los problemas que una exigencia rigurosa de prueba de la culpa del actor para el nacimiento de responsabilidad podía plantear en la vida moderna, y puede resumirse en el postulado de que toda actividad que crea para terceros un riesgo especial hace a su autor responsable del daño que dentro de ese margen de riesgo se pueda causar, sin comprobar si ha existido o no culpa de su parte. Esa doctrina ha sido ya recogida a nivel legal para supuestos concretos, pero su aplicación con carácter general es contemplada todavía de manera restrictiva por el Tribunal Supremo, que en diferentes ocasiones ha señalado que no se aplicará a riesgos indirectos, ni a riesgos «normales», sino sólo a riesgos especialmente creados por la actividad de que se trate, y que se encuentren por encima de los niveles medios admisibles en cada momento determinado, y siempre, además, teniendo en cuenta la conducta del perjudicado (véanse las sentencias de 10 de mayo de 1982, 20 de enero de 1989, 25 de junio de 1991 ó 17 de noviembre de 1998, y toda la doctrina sobre la compensación de culpas). En esta línea se inscribe la sentencia que comentamos, que se pronuncia por la exigencia de la creación de un riesgo considerablemente anormal para el nacimiento de responsabilidad por esta vía, y sin olvidar además la conducta de la víctima.

En cualquier caso, lo que siempre será necesario para la existencia de responsabilidad es un nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido. Para determinar, de entre los varios hechos que pueden concurrir, cuál de ellos merece la consideración de causa, el Tribunal Supremo utiliza por lo general, teniendo en cuenta que ha de resolver buscando la solución más justa en cada caso concreto, la teoría de la causa adecuada que requiere para apreciar la existencia de nexo causal que la conducta del actor, aún concurriendo con otras conductas, sea la generalmente apropiada para producir el resultado de que se trate, la decisiva para el evento dañoso en las circunstancias concretas del supuesto planteado. La sentencia que comentamos no hace sino inscribirse, por tanto, en una línea ya generalizada (véanse las sentencias de 30 de diciembre de 1981, 14 de julio de 1982, 25 de noviembre de 1988 ó 31 de enero de 1992, entre otras muchas).

Otra cuestión es que pueda hablarse de concurrencia de culpas, a los efectos de poder moderar la indemnización, cuando una de las conductas es de un menor. Para estos supuestos, aunque el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de

noviembre de 1982, 25 de mayo y 8 de noviembre de 1985, 17 de junio de 1986, ó 5 de noviembre de 1997) reconoce la inimputabilidad del menor, manda tener en cuenta su conducta si es capaz de discernir, porque además sus propios actos son en ocasiones los únicos causantes del daño. En todo caso, lo que importa es que la conducta del menor interfiere en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones y el daño sufrido, y en el supuesto examinado incluso rompe dicho nexo causal, por lo que debe tenerse en cuenta.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL; LA EXISTENCIA DE NEGLIGENCIA DEBE MEDIRSE DE ACUERDO CON LA «LEX ARTIS AD HOC». (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—Una paciente atendida por el Servicio Andaluz de Salud, e incluso intervenida quirúrgicamente, pero que sólo empieza a mejorar después de una intervención llevada a cabo por un médico particular, demanda al primero por entender que ha habido error en el diagnóstico y negligencia en la actividad quirúrgica.

Doctrina de la Sentencia.—A pesar de las dificultades que en la práctica vienen existiendo en punto a la adscripción de casos semejantes al de autos al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo, procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo a la vis atractiva que se le reconoce en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a un elemental principio de economía procesal, para evitar el peregrinaje de jurisdicciones, y al valor «justicia» ínsito en nuestra Constitución.

La cuestión a debatir se centra en si los médicos del S.A.S., como profesionales técnicos, han actuado con la pericia que ineludiblemente exige su *lex artis ad hoc*, ya que en caso contrario deberán responder adecuadamente. Dicha doctrina de la *lex artis ad hoc* supone una forma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares, y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de curación total o parcial. En este supuesto los médicos del S.A.S. han diagnosticado correctamente y de manera genérica las dolencias de la enferma, y han actuado a través de unas operaciones quirúrgicas que, si no obtuvieron el éxito que a todos nos hubiera gustado, no fue por un error de diagnóstico ni por haber efectuado las operaciones contrariando la técnica al caso; y si más tarde la actuación del «médico particular» tuvo más éxito, pudiera ser debido a una mayor competencia del mismo, pero nunca a que los facultativos del S.A.S. hubieran errado en el diagnóstico o actuado negligentemente en su actividad quirúrgica. Al no existir en el sujeto pasivo actuación u omisión negligente, no puede hablarse de la exigencia de indemnización de daños, pues la responsabilidad es de naturaleza subjetiva, enmarcada en el concepto clásico de la culpa como omisión de la diligencia exigible en cada caso.

Comentario.—La sentencia, de todas formas, ya hace referencia a que la cuestión competencial antedicha está resuelta de manera definitiva por el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya virtud la responsabilidad patrimonial de

las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, deberá conocerse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no pudiendo la Administración ser demandada por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Por lo demás, esta sentencia responde a una doctrina ya reiterada, en cuya virtud la responsabilidad del profesional sanitario no se inclina hacia un sistema cuasi objetivo, sino que sigue obedeciendo a criterios tradicionales, en cuya virtud es necesaria la concurrencia de auténtica culpa. Esto se justifica porque la obligación del médico no es de resultado, sino de medios, de actuar de acuerdo con el estado de la ciencia en cada caso (con la *lex artis ad hoc*, que mide la conducta profesional en relación a la técnica normal requerida, la capacidad técnica del profesional y la adecuación al caso concreto). No son coincidentes, por tanto, los términos de «error médico» (actividad no ajustada al comportamiento objetivamente correcto para la circunstancia concreta) y «culpa médica» (ignorancia inexcusable, temeridad, faltar a la *lex artis*), y puede existir el primero sin la segunda, lo que ocurrirá si el daño no se debe a la negligencia del profesional sino a limitaciones de la ciencia médica. La culpa y el nexo causal han de ser además cumplidamente probados, limitándose mucho la admisión de presunciones.

Para ampliar estas cuestiones pueden verse las sentencias de 26 de mayo de 1986, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991, en la que se recoge una completa definición de la *lex artis ad hoc*.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN BASE A LA DOCTRINA DEL RIESGO, LA CASACIÓN NO ES UNA TERCERA INSTANCIA EN LA QUE SE PUEDA ATACAR LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS, LA EXISTENCIA DE UNA SUBCONTRATA NO EXIME DE RESPONSABILIDAD AL CONTRATISTA. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Incendio en un hospital en el que se estaban desarrollando trabajos de soldadura.

Doctrina de la Sentencia.—La inversión de la carga de la prueba, al demandado, en base a la doctrina del riesgo, exige que haya un sujeto que haya causado un daño, que su acción u omisión sea cierta e incontrovertible, y que el perjudicado haya sido víctima de actividades lucrativas de terceros. En este supuesto la experiencia demuestra que en este tipo de trabajos se desprenden chispas, que producen por lo general ignición de materiales combustibles, y, acreditada verosímelmente esta causa, sin existir prueba alguna en contrario, ni demostración de fuerza mayor o caso fortuito, o de que los daños se produjeran al margen de los trabajos realizados, procede estimar la obligación legal de indemnizar, tanto de quienes realizaron los trabajos como de quienes no adoptaron las suficientes medidas de prevención.

Por otra parte, es doctrina reiterada y constante de la Sala que el dictamen pericial ha de quedar incólume en casación, salvo que se demuestre que es ilógico, arbitrario o infundado, lo cual no puede confundirse con dar el recurrente su propia versión, parcial e interesada.

Finalmente, se establece que no se han atacado los nexos de independencia y subordinación del subcontratista a la recurrente como contratista, además

de que la actora no contrató en absoluto con la primera, luego las relaciones jurídicas que pueda tener la contratista de la obra ni dan ni quitan ningún derecho a la actora, ni le imponen ninguna obligación (art. 1.257 del Código Civil).

Comentario.—Es conocido que la jurisprudencia ha ido evolucionando, a la vista del desarrollo de la técnica y del aumento de las actividades peligrosas, hacia un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva, que imputa la responsabilidad al creador de una situación de peligro; es la llamada teoría del riesgo. Esta doctrina del riesgo no debe llevar a prescindir en absoluto del elemento de la culpa en el agente (la responsabilidad objetiva debe aplicarse únicamente cuando esté especialmente establecida), pero sí se traduce en otros postulados, como la exigencia de la diligencia adecuada atendiendo al sector del tráfico de que se trate, y no sólo la adecuada a las circunstancias, la ampliación de la obligación *in vigilando*, o la presunción de culpa en el agente, invirtiendo la carga de la prueba. La sentencia que comentamos se inscribe así en una línea ya muy reiterada por el Tribunal (véanse las sentencias de 10 de mayo de 1982, 20 de marzo de 1987, 10 de abril y 8 de julio de 1988, 20 de enero de 1989, o 29 de diciembre de 1997).

También es doctrina reiterada de la Sala que la casación no es una tercera instancia, en la que se pueda atacar la valoración de las pruebas con la simple alegación del artículo 1.902 del Código Civil, y sin desvirtuarlas de forma adecuada (sentencias de 27 de enero y 26 de mayo de 1989, o de 29 de septiembre o 6 de noviembre de 1998, entre otras muchas).

Por último, es igualmente doctrina muy consolidada la responsabilidad del empresario por los daños ocasionados dentro de la organización económica empresarial, en base a la doctrina del riesgo; y no sólo por sus actos u omisiones propios, sino también por los de todas aquellas personas causantes concretas del daño, siempre que tengan con respecto a él una relación de dependencia o subordinación, y, tratándose de subcontratas, cuando el empresario se hubiese reservado participación en los trabajos y en la vigilancia o dirección (sentencias de 4 de mayo de 1982, 2 de noviembre de 1983, 9 de julio de 1984, ó 10 de mayo de 1986, entre otras muchas).

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL:ARTICULO 1902, CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Un trabajador fallece, arrollado por un tren, mientras realizaba trabajos previos a la construcción de colectores e interceptores.

Doctrina de la Sentencia.—La omisión de diligencia de la sociedad se concreta en que no tomó las precauciones debidas, en cuanto consintió que el operario a sus órdenes se colocara para hacer mediciones en el lugar donde fue arrollado por el tren; el hecho positivo de colocar las miras en aquel lugar, y el negativo de no tomar precauciones, contribuyeron causalmente al accidente.

Si hubo negligente actuación de la constructora, mal puede sostenerse que la culpa fue exclusiva de la víctima, la cual también concurrió causalmente a su propia muerte, pero ello ya se ha tenido en cuenta al valorar la indemnización.

Comentario.—La admisión de la figura de la compensación de culpas, que se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima, desde hace muchos años (sentencias de 20 de mayo de 1986, 31 de diciembre de 1997, o 9 de septiembre de 1998, entre otras), hace que no resulte necesario explicar de nuevo su aplicación.

RESPONSABILIDAD CIVIL: INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR APRECIAR LA PRESENCIA DE CULPA CONTRACTUAL CUANDO LA ACCIÓN EJERCITADA ERA POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Una ganadería de reses bravas sufre daños y perjuicios durante su estancia en la finca de otros propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—El principio de unidad de culpa civil ha de compaginarse con el de congruencia de las sentencias, porque el Juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin que pueda variarla, de manera que, si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1.902 y 1.903 citados, no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento, y a la inversa ... en modo alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada ... pues en otro caso se hará efectiva la situación de indefensión que el artículo 24.1 de la Constitución Española prohíbe, al entrañar la decisión de instancia un pronunciamiento sobre materias no debatidas en el proceso y respecto de las cuales no existió la necesaria contradicción.

Comentario.—Las analogías entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, sin perjuicio de las diferencias evidentes entre ellos, son muy claras, por responder a una misma finalidad, que es resarcir el daño causado; por ello, el Tribunal Supremo ha afirmado en muchas ocasiones la aplicación subsidiaria del régimen de las obligaciones contractuales respecto de las extracontractuales.

Es posible incluso la concurrencia de ambas responsabilidades yuxtapuestas, porque la existencia de un contrato entre el causante del daño y su víctima no puede excluir por sí sola la responsabilidad extracontractual, al no existir una regulación absoluta de los intereses de las partes. En tales supuestos, el perjudicado podrá elegir una u otra acción, o acumularlas, para que el Tribunal utilice la más conveniente. Lo que no es posible, ni para el actor ni para el Tribunal, es modificar la acción alegada durante el proceso, pues se dejaría a la otra parte en una situación de indefensión, al defenderse de una determinada pretensión y verse sorprendida después con otra distinta, que quizá hubiese ocasionado un medio de defensa diferente. Por ello, aunque en el supuesto de que se trate coincidan ambos tipos de responsabilidad, si el perjudicado elige libremente una de las acciones, habrán de aplicarse las reglas correspondientes, y no las otras.

Coincide así la sentencia comentada con el criterio sostenido en otras muchas anteriores, como las de 10 de febrero de 1966, 24 de junio de 1969, 30 de diciembre de 1980, o 18 de febrero y 24 y 26 de diciembre de 1997.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NO SE APRECIA LA CONCURRENCIA DE CULPAS, POR LO QUE NO SE MODERA LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Hechos.—Un conductor de taxi inicia y continúa durante largo trecho la marcha, estando su pasajera asida a la cerradura del vehículo, lo que causó a dicha pasajera graves lesiones y secuelas.

Doctrina de la Sentencia.—De las pruebas practicadas la Sala llega a la conclusión de que la única causa del evento dañoso es imputable al taxista; aunque materialmente la damnificada coadyuvó con su obstinación al hecho dañoso, y sin su actuación no se hubiese producido el accidente, jurídicamente tal participación es irrelevante, porque era el conductor el que, atendidas las circunstancias del caso, debió abstenerse de realizar maniobras que pudiesen suponer peligro para las personas ... ni por acción ni por omisión la demandante causó daño a nadie, ni podía causárselo con su conducta, ni supuso riesgo para persona alguna (sólo pretendía abrir la puerta para dialogar con el conductor), por lo que no se le puede imputar ninguna causalidad en la producción del siniestro asegurado.

Comentario.—La figura de la concurrencia de culpas, o mejor de la compensación de causas, del agente y del perjudicado, en la producción del hecho dañoso, que debe traducirse en una moderación de la indemnización, está admitida desde hace muchos años y no necesita mayor explicación.

Lo que sí merece destacarse es que esta sentencia nos recuerda que, para que la conducta de la víctima interfiera el nexo causal, y pueda en consecuencia entrar en juego dicha doctrina de la compensación, es necesario que se trate de una actuación verdaderamente negligente, que cree una situación de riesgo atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y esto no se aprecia en el hecho de abrir una puerta de un taxi, aunque «materialmente» (dice literalmente el Fundamento segundo) la obstinación de la pasajera en continuar asida a dicha puerta durante un trecho ha coadyuvado a la producción del daño.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. INCENDIO EN MAQUINA COSECHADORA PRODUCIDA POR SU CONTACTO CON CABLE DE CONDUCCIÓN ELÉCTRICA EN MAL ESTADO. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, con fecha 2 de marzo de 1992, dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), estimó el recurso de apelación y condenó a las entidades demandadas al pago de una indemnización.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* a los recursos de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comunidad de Madrid y la sociedad IBERDROLA, S.A., en concepto de

responsables civiles, por el siniestro ocurrido cuando el demandante manejaba una máquina cosechadora de su propiedad, y al circular por el campo, entre dos postes de tendido eléctrico, los cuales estaban torcidos, tocó el cable y se incendió, quedando la máquina cosechadora totalmente destruida.

Doctrina.—Son diferentes los motivos alegados en los sendos recursos de casación. La Comunidad Autónoma basa los dos primeros motivos del recurso en la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer del asunto, al ser una entidad pública. Son desestimados, ya que, como afirma el Tribunal: «Corresponde el conocimiento de los hechos a la jurisdicción civil. El artículo 41 de la LRJAE, impone la responsabilidad del Estado o, en su caso, como el presente, de la Comunidad Autónoma cuando actúa en relaciones de Derecho privado: no queda fuera del mismo el hecho de que una entidad pública incurra en imprudencia omisiva al no controlar el estado de líneas eléctricas, cuyo control y seguridad le competen y, desde luego, corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de la acción si ésta se dirige contra una entidad pública y una entidad privada en reclamación de una indemnización que debe ser satisfecha por ambas, solidariamente». En el motivo tercero se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, cuando en realidad sólo es de aplicación el 1.903, como así es considerado por la Sala cuando dice: «En el presente caso, no se ha aplicado el artículo 1.903 del Código Civil, sino el 1.902 por considerar que la conducta omisiva de la Comunidad Autónoma ha causado el daño consistente en el incendio de la máquina del demandante en la instancia parte recurrida en casación. Este hecho base de la norma aplicada es inalterable, y la norma está correctamente aplicada». En cuanto a los motivos cuarto y quinto, que hacen referencia al *quantum*, no ofrecen mayor dificultad, ya que no puede ser revisable en casación, por lo que es desestimado.

En cuanto a los motivos alegados por IBERDROLA, S.A., son de resaltar, el primero, en el que se alega infracción del artículo 120.3 de la Constitución Española, en relación con la motivación de las sentencias. Afirmando en este sentido la Sala, haciendo alusión a la doctrina mantenida por la misma, que: «La falta de motivación de la sentencia recurrida se debe iniciar el tema afirmando que en nuestro derecho el artículo 120.3 de la Constitución Española elevó a rango constitucional el principio procesal de la motivación de las sentencias explicitado en el artículo 372 de la LEC y en el artículo 248.3 de la LOPJ. Suponiendo en todo caso que dicha motivación no sólo ha de existir sino que ha de ser lógica y jurídicamente suficiente, tanto respecto a los hechos debatidos como del derecho aplicable a éstos (...). Y como el término *motivación suficiente* es un concepto jurídico indeterminado, se habrá de determinar en cada caso en concreto, en razón de la importancia intrínseca y de las cuestiones que se planteen en una determinada contienda judicial. Es más, la sentencia del TC de 25 de abril de 1994, dice que el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no sólo al contenido de la resolución considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso.

En el motivo quinto del recurso se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, los cuales no han sido infringidos, porque lo fundamental en la responsabilidad es el daño causado, en este caso, por una actuación omisiva de la parte recurrente, ya que era de su competencia el mantenimiento de las líneas, siendo indiferente de quién sea la propiedad de las mismas.

Comentario.—En relación con la competencia jurisdiccional, la doctrina del Tribunal Supremo es constante en este sentido, al querer evitar lo que denomina «peregrinaje de actuaciones», en los supuestos en los que en los demandados concurren una entidad pública con una entidad o sujeto privado; siendo en este caso competente la jurisdicción civil. De esta forma se evita el que pueda haber dos causas abiertas por un mismo motivo, pudiéndose llegar a resultados diferentes. Así lo han manifestado, entre otras, las sentencias de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997.

RESPONSABILIDAD POR CULPA DE LOS TITULARES DE CENTROS DOCENTES: MOMENTO A PARTIR DEL CUAL COMIENZA SU OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA DE LOS ALUMNOS. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada, el 25 de enero de 1993, dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción civil, absolviendo a los demandados. La Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia el 6 de mayo del mismo año, confirmando la sentencia apelada.

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

Hechos.—Se interpone demanda de menor cuantía contra el Ayuntamiento de la localidad a la que pertenecen los actores, y la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma correspondiente, por los daños causados a la hija de los demandantes. El daño se produjo cuando la niña jugaba dentro del recinto escolar, inmediatamente antes de entrar a las clases de la tarde, que al ser empujada por un compañero tuvo que asirse a la cancilla, momento en el que otro compañero cerró aquella, y le aprisionó los dedos, produciéndole heridas por aplastamiento de la mano derecha.

Doctrina.—Dejando a un lado los motivos formales y jurisdiccionales, nos centramos en el razonamiento que hace la Sala respecto del artículo 1.903, afirmando que: «La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior que establece el artículo 1.903, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los periodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del Centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar».

Comentario.—Pone de manifiesto la sentencia que no se ha probado que los daños ocasionados a la menor hayan sido causados en el intervalo de tiempo en que los alumnos quedan sujetos a la vigilancia del personal del Centro, ya que tuvieron lugar en el recinto exterior del colegio cuando la

alumna accedía al colegio. Es cierto que el número 5.º del artículo 1.903 del Código Civil, contempla este deber de vigilancia dentro de las actividades escolares, extraescolares y complementarias. Pero hacer esta afirmación supone preguntarse en qué momento preciso comienza el deber del personal docente, cuando ya están sentados cada uno en su aula, o desde el momento en que acceden al colegio.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Córdoba, dictó sentencia el 4 de abril de 1994, estimando la demanda, condenando a los codemandados de forma solidaria. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), en fecha 4 de julio de 1994, revocó la sentencia del juzgado de instancia y absolvió a los codemandados.

El Tribunal Supremo declara **haber lugar** al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por el fallecimiento del esposo de la actora cuando estaba trabajando de forma eventual en la finca de los demandados. El hecho se produjo cuando el fallecido procedía a la tala de un acebuche, a las órdenes de uno de los codemandados (que prestaba sus servicios como trabajador fijo en la citada finca). Al intentar separar una de las ramas que había quedado sujeta, teniendo en cuenta que la posición del fallecido estaba en la zona de caída de la rama, ésta se desprendió, le impactó en el pecho, lo arrojó al suelo y se golpeó con una piedra; todo ello le provocó la muerte.

Doctrina.—El motivo segundo del recurso se basa en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, y en él se *ataca* la declaración de la sentencia recurrida de no concurrir culpa o negligencia en la actuación del operario, como el nexo causal entre el actuar y el resultado. El Tribunal estima el motivo y hace el siguiente razonamiento: «Esa expresa y reiterada aceptación por la sentencia *a quo* de la resultancia fáctica declarada en la primera instancia pone de manifiesto la existencia de una conducta imputable al operario que merece ser calificada como negligente, siquiera por culpa leve, ya que procedió a realizar la retirada de la rama del árbol mientras su compañero de trabajo se hallaba en el lugar en que habría de caer aquélla al ser liberada de los obstáculos que impedían su caída a tierra y siendo fácilmente previsible que golpearía a aquél, debiendo haber tenido en cuenta, igualmente, el tamaño de la rama que manipulaba. Se omitió, por tanto, por el codemandado la diligencia mínima exigible al realizar esas operaciones sin cerciorarse de que la rama cortada no podría alcanzar en su caída a su compañero de trabajo, diligencia, que de haber sido observada, hubiera evitado el evento dañoso acaecido. (...). Se acredita, igualmente, una relación de causalidad directa entre ese actuar culposo y el daño producido».

En el motivo tercero se alega infracción del artículo 1.903 del Código Civil, es evidente y queda probada la relación de dependencia del agente causante del daño y los copropietarios de la finca.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CORRECCIÓN DEL CRITERIO SUBJETIVISTA DEL ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaca, dictó sentencia el 16 de junio de 1993, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Huesca, el 7 de octubre de 1994, dictó sentencia confirmandola del Juzgado. El Tribunal Supremo declara **no haber lugar** al recurso.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de una indemnización de 15.000.000 de pesetas por los perjuicios causados por el fallecimiento de la esposa del actor. El fallecimiento tuvo lugar cuando la fallecida, en compañía de unas amigas, acudió a una de las pistas de la estación de Candanchú, no para practicar el deporte del esquí, sino para practicar juegos relacionados con el citado deporte, práctica que era habitual en esa pista. Sin embargo, se salieron de la misma y se deslizaron sobre un plástico en una de las laderas, al final de la cual había una caseta contra la que colisionaron provocando el fallecimiento de la mujer del actor.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone con un único motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil. El Tribunal considera que no ha tenido lugar dicha infracción y lo argumenta de la siguiente forma: «En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso. (...) La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor». En el supuesto que nos ocupa, queda totalmente demostrado que el accidente se produjo por culpa exclusivamente de la víctima.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ARTICULO 1.903. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia, dicta sentencia en abril de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia

(Sección 3.^a), el 13 de octubre de 1994, revoca la sentencia del Juzgado de Instancia, condenando a la demandada al pago de una indemnización, aunque no llega a la cantidad solicitada por el demandante.

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

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, por un trabajador de la entidad demandada sobre daños y perjuicios por las lesiones ocasionadas en el lugar de trabajo al sufrir un accidente. El accidente se produjo cuando el demandante se encontraba encima de una cinta transportadora, sin que nadie se lo hubiera ordenando, estando por lo tanto prohibido; la cinta transportadora se puso en funcionamiento porque uno de los trabajadores de la entidad accionó por error un botón distinto al que debía apretar. El resultado del accidente ha sido que el demandante ha sido declarado en invalidez permanente total para su trabajo.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone por la entidad demandada en primera instancia, al considerar que se vulnera lo establecido en el artículo 1.903 del Código Civil, y por la infracción de la jurisprudencia aplicable por vulneración sobre culpa extracontractual. La Sala considera que no es admisible en casación, «No cabe duda que la responsabilidad por hecho ajeno—que es la prevista en el artículo 1.903 del Código Civil— ya se base en intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, requiere como elemento ineludible una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos, la cual, concurre en el hecho de autos, tanto respecto al accidentado, como respecto al trabajador que, por error, pulsó un botón por otro, en relación con la mercantil demandada-recurrente, y es evidente, también, que la responsabilidad que impone el precepto dicho al empresario no es subsidiaria sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, como así ha venido declarándose de manera constante la jurisprudencia de la Sala».

En cuanto al segundo de los motivos del recurso, establece la sentencia: «En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o

provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en ámbito de la circulación de vehículo de motor».

Comentario.—La responsabilidad por hecho ajeno que regula el artículo 1.903, y más concretamente la del empresario, es una responsabilidad directa, como así lo pusiera de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencias como la de 24 de marzo de 1953 o 16 de abril de 1963, entre otras; contemplando el deber del empresario de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia y la obligación de emplear la debida cautela en la elección de sus actos. Otra cosa diferente es luego el hecho de que el empresario pueda repercutir en la persona que ha causado el daño (art. 1.904 del Código Civil). En el supuesto que nos ocupa el accidente se produjo porque un compañero del accidentado pulsó indebidamente un botón que puso en marcha la cinta transportadora, hecho sin el cual no se hubiese producido el accidente, a pesar de estar prohibida la estancia en dicha cinta.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL RESULTADO DAÑOSO AL APRECIARSE UNA CONDUCTA OMISIVA. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia de Loja, por sentencia de 18 de noviembre de 1991, absolvió a la Junta de Andalucía al apreciar la falta de jurisdicción civil, y desestimó la demanda del resto de los codemandados. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.^a), en sentencia de 5 de julio de 1994, revocó la sentencia apelada, rechazando las excepciones planteadas y condenando a parte de los codemandados.

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

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía por reclamación de cantidad, en concepto de indemnización por el fallecimiento del esposo y padre de las demandantes. La demanda se interpone contra la Junta de Andalucía, la Compañía de Electricidad de la zona, la empresa constructora que lleva a cabo las obras, el propietario del camión en el que se produjo el accidente y su compañía de seguros. Estos dos últimos fueron absueltos en primera instancia y en apelación. El recurso de casación fue interpuesto sólo por la Junta de Andalucía, quien fue condenada por la Audiencia, de forma solidaria con la Compañía Eléctrica y la Empresa constructora al pago de una cantidad, menor a la solicitada por la demandante, al considerar la Audiencia que podía haber concurrencia de culpas.

La Junta de Andalucía adjudicó las obras de construcción de un tramo de autovía a una determinada empresa constructora. En un trazado concreto de la obra existían unos tendidos eléctricos de alta tensión, y debido al peligro que ello entrañaba, el Director Ingeniero de la empresa constructora hizo una petición a la Compañía de Electricidad para que se modificase el trazado. Dicha petición fue elevada a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía; la propuesta se formuló en el año 1987 y la aprobación

no llegó hasta julio de 1988, sin embargo, a pesar de la aprobación, no se ejecutaron obras para evitar el riesgo. En mayo de 1989, el fallecido, que era empleado de una empresa de camiones que había contratado la empresa constructora, adjudicataria de la obra, estaba maniobrando con el camión en la zona peligrosa (parece ser que se desprende de los hechos probados, que los trabajadores estaban advertidos del peligro de la zona y tenían prohibido acercarse a ella), al levantar el volquete del camión, colisionó con uno de los cables de alta tensión y al abrir la puerta del camión se produjo una descarga eléctrica que lo mató en el acto.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en base a dos motivos. El primero por infracción en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, así como de la reiterada jurisprudencia que exige para que pueda prosperar la acción por culpa extracontractual, la existencia de una acción u omisión culpable o negligente. La doctrina, que utilizada por la Sala para rechazar el motivo, es exacta a la utilizada en la de 8 de mayo, que se resume en el último párrafo, cuando afirma: «La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero». Es evidente, en todo caso, la actitud negligente de la Junta al no proceder inmediatamente al cambio del trazado, obligando a la Compañía Eléctrica a su ejecución.

En cuanto al segundo motivo del recurso, en el que se considera que hay infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, por aplicación indebida de los mismos en relación al nexo causal que tiene que haber entre la acción u omisión culpable y el resultado lesivo. Se rechaza el motivo, afirmando la Sala: «La "causalidad adecuada" permite, dentro de su ámbito, aquellas conductas que, de alguna manera, tienden a contribuir a la producción del resultado dañoso, siempre y cuando que tales conductas tengan una matriz culpable o negligente, y de aquí, que atendiendo al relato de los hechos no quepa negar a la Junta de Andalucía su inclusión en la relación de causalidad adecuada en razón a la "conducta omisiva" de que se habló anteriormente.» No obstante, la responsabilidad por riesgo, tan presente actualmente, no sólo como consecuencia de los vehículos de motor, no se basa en la mera causalidad.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ROTURA DE CABLES DE TELEFONO SUBTERRÁNEOS POR OBRAS DE ALUMBRADO PUBLICO. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NO ES APLICABLE A SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Badalona, dictó sentencia el 24 de enero de 1994, estimando la demanda y condenando a los demandados solidariamente. La Audiencia Provincial de Badalona (Sección 14), en

fecha 21 de noviembre de 1994, revocó en parte la sentencia del Tribunal de Instancia, absolviendo a uno de los codemandados.

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

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de cantidad por Telefónica España, debido a los daños causados en su red. El Ayuntamiento de Badalona encargó a una empresa constructora las obras de alumbrado de una calle municipal, al proceder a la instalación de una varilla de 2 metros para la toma de tierra por un operario de la empresa adjudicataria de las obras, se produjeron daños en las instalaciones telefónicas subterráneas; no se procedió a una cata de comprobación antes de iniciar las obras.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de LEC, en base a seis motivos, de los que cabe destacar el tercero y el quinto.

En el tercer motivo se alega indefensión de la recurrente (empresa adjudicataria de la obra), por infracción del artículo 24 CE. El Tribunal declara no haber lugar a este motivo, cuyo fundamento dice así: «El artículo 24 CE no ha resultado vulnerado, pues la presunción de inocencia invocada no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que la indemnización que contemplan los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil es de naturaleza reparadora del daño ocasionado, y mediante la misma lo que se pretende es obtener en lo posible su compensación (...), el principio de presunción de inocencia se aplica a otros campos del Derecho, además del penal, pero siempre que se trate de una norma sancionadora o represiva.

El motivo quinto del recurso se basa en la infracción del principio de solidaridad por existir concurrencia de culpas. Como dice la Sala: «La concurrencia de culpa de la víctima o parte que resulte perjudicada en los supuestos de daños materiales como el presente, exige que confluayan la actividad del causante activo y directo del daño y la conducta del que lo sufre, no generándose plena ruptura de la causalidad enciente, pero se requiere que a éste pueda atribuírsele un actuar culpabilístico o coadyuvante en la acusación del daño que lo facilita y, a veces, hasta llega a provocarlo, lo que repercute disminuyendo la indemnización debida». No se ha demostrado en este supuesto concreto que la víctima haya interferido en el proceso provocando o ayudando a la causación del daño.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LA OBJETIVACIÓN DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL MEDIANTE LOS MECANISMOS DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

Hechos.—M.A.C.P. de diez años de edad (hijo de los demandantes), se encontraba jugando con otros compañeros en un recinto cerrado, cuando se

cayó al suelo, sufriendo lesiones consistentes en fractura oblicua del tercio proximal del fémur derecho, de las que tardó en curar ciento sesenta y dos días, habiéndole quedado como secuela un acortamiento del fémur derecho en dos centímetros y medio, que según prescripción médica podría recuperarse, bien por un hipercrecimiento del miembro afectado, bien a través de una futura intervención quirúrgica.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número dos de Ciudad Real, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 1994, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de M.A.C.R. y su esposa R.P.A., en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra MAPFRE SEGUROS GENERALES, donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la suma de 5.896.875 pesetas por los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor, más los intereses legales, así como que se declarase la obligación futura de la entidad demandada de asumir el importe a que ascienda en su día la intervención quirúrgica, correctora de alargamiento del fémur del menor a causa de la lesión sufrida, si eso llegare a ser preciso, estimándose parcialmente la demanda y condenando a la parte demandada al pago de la cantidad de tres millones de pesetas con sus intereses legales y reservando expresamente las acciones que pudieran corresponder al menor o a terceros para reclamar los gastos que impliquen futura o futuras intervenciones quirúrgicas, tendentes a aminorar o a hacer desaparecer el acortamiento del fémur que actualmente sufre el menor.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 1994, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de MAPFRE, S.A. SEGUROS, revocando la sentencia de Primera Instancia.

La representación de los padres del menor interpuso recurso de casación que fue desestimado.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita, viniendo a sostener que las tendencias objetivadoras de la responsabilidad aquiliana, manifestadas a través de la inversión de la carga de la prueba y de presunción de culpa en el agente, han de llevar a la apreciación de negligencia por parte de los cuidadores del menor lesionado en el centro docente, al no haber probado que adoptaron todas las precauciones necesarias para evitar la caída del menor lesionado.

Dicho motivo se desestima, ya que fundamenta la Sala que la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba, de presunción de culpa en el agente o de la teoría del riesgo no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso no intervino culpa alguna por parte de aquellos a quienes se le imputa, sino que el daño fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito, ha de excluirse la respon-

sabilidad de dichos supuestos agentes (o de la entidad que los tiene asegurados).

Comentario.—La responsabilidad «por hecho ajeno o responsabilidad por hecho de otro» del artículo 1.903 del Código Civil se fundamenta en una «presunción de culpa» de las personas que teniendo facultad de elección o de guarda sobre otras, actúan descuidadamente, permitiendo o dando ocasión a que estas últimas dañen a terceros; pero se excluye la existencia de responsabilidad, conforme al artículo 1.903 *in fine*, cuando quienes hayan de responder por otro «prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Desde hace algún tiempo se viene admitiendo por nuestro Tribunal Supremo la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la víctima (excepción hecha, por ejemplo, de los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria) según la cual será el sujeto tendencialmente responsable quien haya de acreditar haber actuado sin culpa; argumento en el que se apoya el motivo del recurso que analizamos, pero que se desestima por el alto tribunal al declarar que de la prueba practicada en el proceso, se advierte que no intervino absolutamente ninguna culpa a quienes se le imputa y que el juego fue el causante del accidente sin intervención de ningún factor extraño o peligroso que hubiera evidenciado una falta de celo por parte de los cuidadores, y que en definitiva el daño fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito que excluye la responsabilidad.

En relación con el caso fortuito, el Tribunal Supremo ha señalado en múltiples ocasiones que la presencia en cualquier supuesto de hecho de un caso fortuito determina la exoneración de responsabilidad por inexistencia de relación de causalidad. Para sostener tal argumento, ante la inexistencia de norma particular de aplicación en materia de responsabilidad civil extracontractual, se ha considerado aplicable el artículo 1.105 del Código Civil (véase STS de 16 de febrero de 1988 y 28 de febrero de 1991).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LA ACCIÓN DERIVADA DE UNA CULPA CONTRACTUAL Y OTRA EXTRA CONTRACTUAL SON INTERCAMBIABLES. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Hechos.—Fue sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del hotel, sin que se haya logrado su recuperación.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número siete de los de Marbella, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1994, estimando la falta de legitimación *ad causam* invocada por la representación de la parte demandada HOTELES COACH, S.A., absolviendo en la instancia a dicha demandada, sin entrar a conocer del fondo de la pretensión deducida por la representación de la parte actora: Entidad PROMOCIONES C.Y.P. que en la demanda suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la cantidad de 11.822.608 pesetas, más los intereses legales.

La Audiencia Provincial de Málaga, Sección quinta, dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Entidad PROMOCIONES C.Y.P.

La representación de Entidad PROMOCIONES C.Y.P. interpuso recurso de casación que fue estimado con fundamento en la doctrina que se expone a continuación.

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.089 del Código Civil en relación con los artículos 1.101, 1.104 y 1.902 del mismo texto legal, y el segundo motivo al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de la propia doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

Dichos motivos, que se estudian conjuntamente por la Sala, se estiman, argumentándose «que son conocidas las dificultades de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, que en muchas ocasiones, como en el hecho que se analiza, tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que en términos procesales determina un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum indemnizatorios*.

Se dice, además, que tomando como base el principio de «unidad de culpa» en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimientos originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho que causa el daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro.

Por otra parte se argumenta, en virtud del principio *iura novit curia*, que no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad extracontractual, en vez de la extracontractual o viceversa.

Sobre la «unidad de la culpa civil» véanse las sentencias de 25 de marzo y de 23 de diciembre de 1952, y 1 de abril de 1994.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA CONDUCTA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. NO OPERA LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA QUE QUEDA A CARGO DEL PRESUNTO PERJUDICADO. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Hechos.—J.A.G. ingresó el 22 de diciembre de 1989 en el H. de C. hasta su fallecimiento el 26 de dicho mes.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número uno de los de Baracaldo, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 1993, desestimando la demanda interpuesta por la representación de T.I.L., en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra EL SERVICIO VASCO DE SALUD OSAKIDETZA, HOSPITAL DE CRUCES, y contra L.M.C., C.L.M., M.U.S. y A.I.A., donde se suplicaba se condenase a los demandados a que

abonen solidariamente la cantidad de 50.000.000 de pesetas más los intereses legales desde la interposición de la interpelación judicial.

La Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de T.I.L.

La representación de T.I.L. interpuso recurso de casación que fue desestimado.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con el artículo 1.104 del mismo texto legal.

Dicho motivo se desestima, ya que fundamenta la Sala que «la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requieran según el estado de la ciencia; pudiendo añadirse que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del presunto perjudicado la demostración de la existencia de una acción culposa o negligente»; y en el supuesto de hecho que se analiza, los recurridos actuaron utilizando todos los medios adecuados conforme a las circunstancias del caso, utilizando la técnica científica normal y que les fue requerida.

En relación con la posible responsabilidad de OSAKIDETZA por incumplimiento de obligaciones contractuales al no haber aportado todo lo necesario para el tratamiento del enfermo y en particular una habitación acolchada, se pronuncia la Sala manifestando que no se ha comprobado que la causa de la muerte esté determinada por las carencias asistenciales, añadiendo que la organización sanitaria debe proporcionar una asistencia médico-sanitaria, pero que dichos medios deben estar disponibles dentro de un parámetro de normalidad.

Comentario.—En los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria no opera el principio de inversión de la carga de la prueba, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 1.214, en cuya virtud «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento»; es decir, el actor ha de probar la existencia de una acción culposa o negligente por parte de los profesionales médicos que intervienen en los hechos.

Se descarta, en tales casos, toda clase de responsabilidad objetiva o sin culpa, que supondría reparar el daño en todos aquellos casos en que los resultados sean lamentables, aún cuando el personal médico-sanitario actuase de forma diligente. La recuperación del enfermo, como se señala en la sentencia comentada, no es ni puede ser una obligación de resultado del profesional sanitario, sino más bien una obligación de medios, consistente en velar por que el paciente tenga todos los cuidados acordes con el estado de la ciencia.

Véase sobre los aspectos tratados, por todas, la sentencia de 8 de mayo de 1991.

M. G. L.

EL PROMOTOR DE UNA CONSTRUCCIÓN ESTA LEGITIMADO ACTIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DECENAL. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Condena el Juzgado de Primera Instancia solidariamente al constructor y a los herederos de A. B. C. (nada dice la sentencia sobre la intervención de A. B. C. en la obra. Es de suponer que se trata del director de la obra a juzgar por la condena que el Juzgado impone) a responder por los perjuicios ocasionados por la defectuosa ejecución de una obra que trajo como consecuencia el desplome de la fachada de un edificio y el agrietamiento de sus paredes, declarando que la ruina se produjo por vicios de la construcción y de la dirección de la obra.

La Audiencia Provincial mantiene la sentencia del Juzgado, excepción hecha de los gastos ocasionados para reparar los desperfectos producidos por unas humedades y los desprendimientos de unas piezas cerámicas de los cuales debe responder únicamente la entidad constructora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

El objeto del debate que se plantea en este supuesto es si el promotor de una construcción está legitimado para ejercitar la acción decenal.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, define al promotor como aquella persona física o jurídica que ordena, programa y busca los medios financieros para realizar una determinada construcción, y pone de manifiesto que la figura del promotor no aparece recogida en el artículo 1.591 del Código Civil, siendo la doctrina científica y jurisprudencial la que ha ido trazando los perfiles de la misma.

Concluye el alto Tribunal diciendo que el promotor está legitimado activa y pasivamente en cuanto al ejercicio de la acción decenal derivada de una declaración de ruina, y esta legitimación procesal proviene de una declaración legal llevada a cabo a través de una interpretación jurisprudencial del artículo 1.591.

Para recalcar la legitimación activa del promotor, trae a colación las sentencias de 26 de noviembre de 1984 y 9 de junio de 1989. Esta última afirma que los promotores pueden actuar en interés propio, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. RESPONSABILIDAD DE ASOCIACIÓN PROTECTORA DE MINUSVALIDOS PSÍQUICOS POR FALLECIMIENTO DE UN INTERNO A CAUSA DE TOXI-INFECCIONALIMENTARIA. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia, ante la demanda presentada por los padres del interno fallecido, condenó a los codemandados, entre los que se encontraba la Asociación Protectora de Minusválidos Psíquicos, a satisfacer la cantidad de ocho millones de pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su hijo e imponiéndole el pago de las costas devengadas en el procedimiento.

La Audiencia Provincial revocó la anterior resolución, absolviendo a los demandados. El Tribunal Supremo ratificó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La esencia de este caso, según el Tribunal Supremo, está en dilucidar si la intoxicación alimentaria que produjo el fallecimiento fue un mero accidente imprevisible, o bien, se produjo por la ingesta de mahonesa contaminada con salmonela debida a una mala conservación de la misma o a deficiencias en la higiene y manipulación de los alimentos.

Se trata de un problema de prueba, ya que la inspección del Centro se realizó bastantes días después del suceso, precisamente cuando se había vaciado como consecuencia de la investigación que se abrió a results del mismo. Habían transcurrido dieciséis días desde que se detectó el brote, lo que hace que sea necesario adoptar una especial cautela a la hora de valorar el informe, pues, aunque las dependencias de la Residencia se hallaban en mal estado, los arcones frigoríficos presentaban un estado aceptable de limpieza. Lo que se encontraba en un estado deplorable era la cámara frigorífica, ya fuese porque la Residencia estaba desocupada, ya fuese por negligencia de los trabajadores encargados de la misma.

RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA. ODONTOLOGÍA: PRÓTESIS. CONTRATO DE OBRA. FRACASO DEL RESULTADO: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACIÓN POR EL MEDICO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Trata de una reclamación contra un odontólogo por los daños materiales y morales sufridos como consecuencia del incorrecto tratamiento médico recibido.

El Juzgado de Primera Instancia condenó al odontólogo a indemnizar con la cantidad de 11.670.776 pesetas más las costas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia anteriormente aludida y absolvió al demandado de los pedimentos que en su contra se formulaban sin declaración de costas en ninguna de las instancias.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia sustituyéndola por la de primera instancia en todos sus pronunciamientos. En cuanto a las costas, se imponen las de primera instancia a la parte demandada, no se pronuncia sobre las de segunda y, por lo que a la casación respecta, cada parte satisfará las suyas.

Dos puntos interesantes presenta la sentencia del Tribunal Supremo:

El primero se refiere a la **apreciación y valoración de la prueba de peritos en casación**. Es doctrina reiterada del alto Tribunal la que considera que, en principio, no tiene acceso a la casación la valoración de la prueba pericial. Una excepción a esta regla la constituyen los casos de error notorio en la valoración de la prueba de peritos. La sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1992, citada, en la que es objeto de este comentario, señalaba que cuando el juzgador tergiverse las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas podrá revisarse el dictamen pericial en casación.

En el caso de autos dice el Tribunal Supremo que el dictamen pericial es impreciso y poco clarificador, ya que no parece admitir incorrecciones en el tratamiento médico, pero tampoco se pronuncia sobre la bondad del mismo. Tampoco se pronuncia el perito sobre el informe del Colegio de Odontólogos que manifiesta de forma clara la incorrección del tratamiento prescrito por el médico demandado. Califica el Tribunal Supremo de ilógica y absurda la valoración que de este dictamen hace la sentencia de instancia cuando concluye que no puede decirse que el tratamiento fuera incorrecto, habiendo durado nueve años pese a no conseguir el resultado pretendido, habiendo tenido que recurrir a otros médicos para que le rehabilitaran la boca y, sin embargo, exime de toda responsabilidad al médico demandado.

El segundo de los aspectos a destacar lo constituye **la relación jurídica** que liga a demandante y demandado, derivada de un contrato de obra caracterizado esencialmente por la obtención de un resultado. Se trata de un tratamiento dental consistente en una intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis.

Generalmente la relación contractual médico-paciente queda enmarcada dentro del contrato de servicios, teniendo el médico una obligación de prestar sus servicios profesionales, pero sin asegurar la curación. Existen, sin embargo, algunos casos en los que el médico se obliga a producir un resultado, son, entre otros, los que tienen por objeto la cirugía estética, la vasectomía y la odontología y, dentro de esta última especialidad, muy particularmente, los que tienen por objeto la ejecución de prótesis dentales.

T. S.-S. M.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO: POR FALTA DE ASESORAMIENTO A SUS CLIENTES RESPECTO A LAS POSIBILIDADES DE UNA RECLAMACIÓN EN EL ORDEN CIVIL POR CULPA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Burgos, en sentencia de 11 julio de 1994, desestimó la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por don Domingo I. C. y doña Amalia G. R. contra el abogado don Fernando D. T. y Cía. de Seguros Allianz-Ras, S.A., imponiendo las costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Burgos (sección segunda) en sentencia de 2 de diciembre de 1994, desestimó el recurso interpuesto por don Domingo I. C. y doña Amalia G. R., y confirmó la resolución con la sola aclaración de que, en su parte dispositiva donde dice «Fernando D. T.», debe decir «Miguel D. T.», y con expresa imposición de las costas procesales a la parte apelante.

Prosperó el recurso de casación interpuesto por los demandantes don Domingo y doña Amalia, y el Tribunal Supremo casó y anuló las sentencias anteriormente referidas, con estimación parcial de la demanda, declarando la obligación de los codemandados de abonar a los actores la cantidad de quinientas mil pesetas con los intereses legales desde el momento de la presente resolución, sin pronunciamiento expreso sobre las costas.

Hechos.—A raíz del triste fallecimiento del hijo de los actores, menor de edad, por parada cardio-respiratoria, como consecuencia de ahogamiento en una piscina municipal, se inician en el Juzgado de Instrucción número seis de Burgos, diligencias previas penales. Los actores encomiendan la defensa de sus intereses al letrado don Miguel D. Las citadas diligencias fueron archivadas por auto, resolución que fue comunicada por el letrado a sus clientes por carta, al manifestarles que las diligencias se habían sobreseído y que no merecía la pena recurrir. El auto devino firme al no ser recurrido.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en un motivo único, infracción de los artículos 1.902, 1.101 y siguientes del Código Civil, en relación con los artículos 102, 53 y 54 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, su desarrollo argumental responde, resumidamente, a cuanto sigue: las normas del Estatuto imponen al abogado actuar con una diligencia que debe ser mayor que la de un padre de familia (según sentencia de 4 de febrero de 1992), la elección del abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, la carta remitida por el señor letrado a sus clientes no garantizaba ni que llegase a su destino, ni que a su recepción fuera debidamente comprendida, como así sucedió. La conducta del abogado produjo un daño objetivo, impidiendo el ejercicio de un acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso «...La carta que les dirigió en la fecha de 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil, se tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida...

...el comportamiento que ha quedado explicado vino a suponer un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al letrado ...y que le eran exigibles a tenor de la disposición general contenida en el artículo 9 de los Estatutos ... y de los concretos deberes profesionales reseñados en los artículos 53 y 54, en una interpretación lógica y racional de los mismos, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida en el artículo 1.101 del Código Civil y, especialmente, en el artículo 1.902 de dicho texto legal, si como en el artículo 102 del repetido Estatuto, y susceptible de indemnización en cuanto originó un daño de índole moral al matrimonio actor...»

Notas.—Objeto de especial atención nos merece esta sentencia donde se debate el tema de la responsabilidad civil profesional del abogado. En el caso de autos, como se ha señalado, a consecuencia del fallecimiento del hijo de los actores, en una piscina municipal, se abren diligencias penales y para su defensa los actores nombran como letrado a don Miguel D. Posteriormente se produce auto de sobreseimiento de las diligencias y el señor letrado se limita a comunicar por carta a sus clientes el citado sobreseimiento y su consejo de

no recurrir, sin asesorarles sobre las posibilidades que tenían de ejercitar acciones por responsabilidad en la vía civil.

El problema a dilucidar radica en si la falta de asesoramiento por parte del abogado a sus clientes, les produjo un daño y en consecuencia la obligación de indemnizarles, es decir, si el abogado incurrió en negligencia profesional. Centrado así el tema, conviene empezar recordando previamente que desde antiguo, sentencia de 27 de diciembre de 1915, la jurisprudencia ha considerado que la relación del cliente con el abogado se trata de un contrato de arrendamiento de servicios (recientemente en las sentencias del TS de 25 de marzo de 1998 y de 26 de enero de 1999), si bien, no falta alguna sentencia aislada que lo ha calificado como un mandato.

Además, se genera para el abogado en el ejercicio de su profesión una obligación de medios, no de resultados (en este sentido, entre otras, se pronuncia la sentencia del TS de 25 de junio de 1998). Por tanto, la posible responsabilidad profesional se desenvuelve normalmente en el ámbito contractual, por lo que entra en juego el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de que pueda regir también el artículo 1.902 del Código Civil, cuando la actuación profesional, fuera de los límites contractuales, produzca daño.

Dicho esto, es necesario saber cuál es el grado de diligencia exigible para los profesionales de la abogacía. El cliente basa su relación en la confianza, y el abogado en su actuar profesional por sus propias características, tiene que tener una diligencia que ha de ser más rigurosa que la de un simple padre de familia, así lo ha señalado el TS en alguna de sus sentencias, al imponer al abogado tener que actuar con «una diligencia mayor que la del padre de familia, como la de 4 de febrero de 1992».

Estamos ante un profesional que se dedica a defender a otros, es claro que tiene un deber de informar y asesorar al cliente con una claridad que alcance a comprender cualquier hombre medio y de llevar cualquier asunto hasta su finalización, es decir, debe actuar correctamente y con el máximo celo en sus deberes profesionales, conforme a lo que la jurisprudencia denomina *lex artis ad hoc*.

El TS ha declarado aplicable, en ocasiones, en los supuestos de responsabilidad civil de abogados, los artículos 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, al señalar que «aunque existe una reiteradísima jurisprudencia, según la cual no pueden servir de apoyo en casación por el número 5 del artículo 1.692, los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamientos de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del artículo 1.902 del Código Civil cuando la actuación profesional, fuera de los límites contractuales, produzca daños. Sentencia del TS de 4-2-1992».

Criterio, este último, que es seguido en el caso de autos que recoge expresamente la citada sentencia. Frente a otros pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente recientes, como la sentencia de 25 de junio de 1998, que declara que exclusivamente se puede aducir en casación preceptos que tengan su apoyo en normas del ordenamiento jurídico de carácter civil con cita de la sentencia de 6 de febrero de 1996, por lo que no se admitió los preceptos del Estatuto General de la Abogacía.

Con independencia de que se puedan o no invocar los preceptos del Estatuto de Abogados, es claro que el señor letrado incumplió sus deberes profesionales y como consecuencia de este incumplimiento se originó un daño

objetivo al perder la oportunidad real de defenderse. Y ello, aunque resulte totalmente imposible saber cuál es el resultado que hubiese tenido la acción judicial, «...sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas ... cierto es que la negligente conducta profesional originó un daño moral... (sentencias de 25 de junio de 1998 y 26 de enero de 1999)».

Queda, por tanto, señalar qué tipo de daño se produjo, lo que pasamos a hacer a continuación, en este caso el profesional, con su comportamiento omisivo ha producido un daño moral (pérdida de la posibilidad de defensa efectiva), imputable al letrado, ya que al no asesorar debidamente sobre las posibilidades del ejercicio de la acción civil a sus clientes ha incumplido sus deberes y obligaciones profesionales, o de la *lex artis*, y de este daño deriva la necesidad de reparar.

RESPONSABILIDAD MEDICA. OBLIGACIÓN DE MEDIOS. «LEX ARTIS AD HOC». CASO FORTUITO. FUERZA MAYOR. (SENTENCIA DE 24 MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Román García Várela.

El Juzgado de Primera Instancia número treinta y tres de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de mayo de 1994, en la que estima parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad promovida a instancia de doña María del Valle G.L., contra don Ángel M.R., don Plácido M.G., don Luis B.M., y contra el «Institut Caíala de la Salut» y la «Central de Seguros, S.A.», condenando a dichos demandados a pagar a la actora solidariamente la cantidad de doce millones de pesetas, más los intereses legales, incrementados en dos puntos desde la fecha de la condena y sin expresa condena en costas.

Apelada por los demandantes la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección primera), en sentencia de 20 de octubre de 1995, desestima los recursos interpuestos por los demandantes y se les imponen las costas.

Don Ángel M.R., don Plácido M.G., don Luis B.M. y la «Central de Seguros, S.A.», don Luis B.M., de una parte, y el «Institut Cálala de la Salut», de otra, interponen recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación de los codemandados.

Hechos.—Durante el transcurso de una intervención quirúrgica de histerec-tomía practicada a la actora se le secciona el uréter derecho.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto al primer recurso, se alega por los recurrentes, de un lado, infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, por considerar que no se ha seguido la posición jurisprudencial de obligación de medios de la actividad médica, por estimar que la sección del uréter fue un hecho imprevisto al producirse no por corte, sino por presión del citado conducto y, de otro, inaplicación del artículo 106.2 de la Constitución Española, en relación con el 1.105 del Código Civil, por entender que los hechos se producen como consecuencia de la fuerza mayor. Ambos motivos se desestiman conjuntamente: «...la sentencia recurrida pone de relieve que lesión de un uréter constituye una incidencia de relativa frecuencia en

operaciones ginecológicas... así como el conocimiento por la ciencia médica de tal hecho... y que, por tanto, los médicos intervinientes en una operación de tal tipo, ...han de actuar con la diligencia debida para evitar tal incidencia, o cuanto menos, para repararla inmediatamente, ...en el transcurso de la misma operación, ...es evidente que la sentencia de la Audiencia ha respetado la reiterada línea jurisprudencial relativa a que, cuando el médico realiza un acto profesional, se obliga a emplear la diligencia adecuada —los medios— ...y no garantiza el acto terapéutico —la sanidad del enfermo—, ...el médico no se compromete a curar, sino a intentar curar...»

«...la obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta.»

«...la resolución ha seguido la pauta facilitada por las *lex artis*...», además carece de tacha el razonamiento de la sentencia sobre la exclusión de la incidencia de un caso fortuito.

«La doctrina científica configura la fuerza mayor como aquel acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito; en la coyuntura de este juicio no es apropiada la calificación de la situación como incardinada en esta figura a causa de la eficacia de referida previsibilidad médica en el supuesto de que se hubiese actuado con el rigor aconsejable a las características de la intervención quirúrgica que habría evitado».

En cuanto al recurso deducido por el «Institut Càtala de la Salut» adolece de claras deficiencias y también es desestimado en todos sus motivos.

Notas.—Esta sentencia es un claro reflejo de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo donde se insiste en que en el actuar profesional de los médicos para comprender el alcance de su responsabilidad ha de utilizarse el parámetro de la *lex artis ad hoc*, al señalarse: «la resolución ha seguido la pauta facilitada por la *lex artis ad hoc* para la valoración de la negligencia profesional, cuya regla significa que los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estimen correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia, y que, según las sentencias de 25 de abril de 1994 y 2 de octubre de 1997, supone tomar en consideración el caso concreto donde se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo—, o exógenos —incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica media normal requerida».

También se pone de manifiesto que la diligencia debida en este supuesto, requería evitar esta frecuente y previsible incidencia, puesto que no sólo se

seccionó el uréter de la paciente sino que ni tan siquiera se dieron cuenta en el transcurso de la operación. Que es un accidente frecuente en este tipo de operaciones, lo pone de manifiesto, entre otras, las sentencias de 28 de julio de 1997 y la de 29 de abril de 1998, donde se aprecia la responsabilidad de los ginecólogos, al actuar negligentemente al seccionarse el uréter de las pacientes en el transcurso de las operaciones.

Además, esta sentencia subraya el alcance de la obligación de medios en la actividad médica, y destaca la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR OBRAS EN FINCAS COLINDANTES. CONTRATO DE PERMUTA. PRECONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zamora, en sentencia de 17 de febrero de 1992, estima parcialmente la demanda interpuesta por los cónyuges doña Esperanza L.S. y don Macario J.V., y de la Cía. Proinza, S.A., contra los codemandados Cía. Mercantil Promotora Andrés (promotor de la obra total) y Rodríguez, don José C.R. (contratista de la obra de demolición) y don Juan C.M. (ejecutor de la demolición), condenándolos de modo conjunto y solidario a satisfacer a los cónyuges una determinada suma, a la vez que desestima la pretensión formulada por Proinza, S.A. contra la totalidad de los codemandados.

La Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia con fecha 19 de julio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges doña Esperanza L.S. y don Macario J.V., y de Proinza, S.A. Estimando el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Andrés Rodríguez, S.A. Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don José Manuel C.R., contra la sentencia de primera instancia, revocando parcialmente dicha sentencia, y en consecuencia, se desestima la demanda formulada por los demandantes contra el demandado, Andrés Rodríguez, S.A., absolviendo a los demandados de las pretensiones de los actores e imponiendo a los actores las costas de primera instancia. Reduciéndose la cuantía de la indemnización a favor de los cónyuges. Se impone al recurrente, cuyo recurso se desestima, las costas de este recurso, sin hacerse expresa condena de ellas en los otros dos recursos.

El TS estima el recuso de casación interpuesto por la entidad mercantil Proinza, S.A.

Hechos.—La sociedad promotora Proinza, S.A., y los cónyuges don Macario y doña Esperanza, acordaron en documento privado el 5 de abril de 1989, un compromiso de permuta de una finca urbana propiedad de la parte doña Esperanza por una vivienda situada en la planta segunda, letra A, de un edificio que se estaba construyendo, propiedad de los promotores.

En el inmueble, propiedad de doña Esperanza, se hallaba un edificio con dos viviendas alquiladas a terceros y un local que su esposo ocupaba en el ejercicio de su actividad comercial, la citada finca sufre daños consistentes en el derrumbamiento del edificio y subsiguiente demolición de la parte no

derrumbada, a consecuencia de unas obras que se realizan en la finca colindante.

Más tarde, el 21 de noviembre de 1990, en escritura pública, la propietaria del inmueble, doña Esperanza, celebra contrato de permuta de la citada finca a cambio de la vivienda mencionada, haciendo constar que aquél «actualmente es solar debido a la demolición de tal casa por las obras realizadas en una finca colindante».

Doctrina de la Sentencia.—De particular interés nos parece el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por Proinza, S.A., al amparo del número 4 del artículo 1.692 de LEC, denuncia violación por no haberse aplicado los artículos 1.281 y 1.282, en relación con el artículo 1.902 del Código Civil. Motivo que debe ser estimado: «No tanto es una cuestión de interpretación, como de calificación de negocios jurídicos. La sentencia de instancia se fija excesivamente en el contrato de permuta y destaca que Proinza, S.A. adquiere un inmueble consistente en un solar y prescinde de la calificación del precontrato anterior que concedía a dicha sociedad el derecho a ponerlo en vigor y adquirir el inmueble ocupado para una edificación; prescindir de ello es infringir tanto el artículo 1.281 del Código Civil, en su aspecto de calificación del contrato, como el artículo 1.902, ya que queda sin indemnizar a nadie el daño consistente en la pérdida del edificio».

Al estimarse dos de los motivos del recurso de casación, debe aplicarse el artículo 1.715.1.3 de LEC, y resolver lo que corresponda, asumiendo en esta Sala la instancia, «En este sentido, Proinza, S.A., tiene derecho a que se le repare el daño consistente en la destrucción del edificio; no se acepta la valoración del daño que reclama en la demanda ni el dictamen pericial que la justifica en base de una hipotética reconstrucción; se deberá valorar en ejecución de sentencia por el valor en sí mismo que tenía aquel edificio, dada su antigüedad y su estado, no su reconstrucción con el límite cuantitativo derivado de su pretensión dineraria contenida en el suplico de la demanda».

Notas.—La clave de este supuesto para saber si la sociedad demandante (permutante) tiene derecho a reclamar por los daños que ha sufrido la edificación es, como dice el TS, la calificación de los negocios jurídicos llevados a cabo por las partes.

Calificación que claramente conceptúa el TS al exponer: «La calificación jurídica de los anteriores negocios jurídicos es:

El primero, de precontrato, con el concepto seguido actualmente por la doctrina y jurisprudencia, en la que la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y, en un momento posterior, ambas partes de acuerdo o si una de ella lo exige, se pone en vigor el contrato preparado.

El segundo, de contrato de permuta que puso en vigor el precontrato anterior, como contrato por el que cada parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa, contrato consensual, bilateral, oneroso, que produce obligaciones en cada parte de transmitir la propiedad de la cosa que se produce por la tradición.

Consecuencia jurídica: la parte permutante, Proinza, S.A. tuvo el derecho a que se pusiera en vigor el contrato, y por ende, que se le transmitiera la propiedad del inmueble edificado desde el día 5 de abril de 1989, más tarde, se produce el derrumbamiento del edificio y la total demolición; posteriormente, en el contrato de permuta de 21 de noviembre de 1990, se aclara que

el inmueble no es más que un solar. Por tanto, la pérdida de la edificación le alcanza jurídicamente, se ha destruido algo sobre lo que tenía un derecho subjetivo, por lo cual tiene derecho material a que se le resarza el daño y legitimación procesal para pretenderlo.»

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. LA APRECIACIÓN DE LA CULPA O NEGLIGENCIA REQUIERE LA PRESENCIA DE LA NOTA DE LA PREVISIBILIDAD. LA PATRIA POTESTAD CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN PERSONAL, NO EXTRAPOLABLE, POR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE PRECARIO ENTRE EL PADRE Y UN TERCERO A ESTE ÚLTIMO. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Román García Várela.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Vicente de Raspeig, en sentencia de 21 de septiembre de 1992, desestimó la demanda de don Juan P.E., contra don Fernando M.R., por considerar prescrita la acción interpuesta por él e imponiéndole las costas procesales.

La Audiencia Territorial de Alicante dictó sentencia el 25 de octubre de 1996, por la que se estima el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia y entrando a resolver sobre el fondo del asunto, absuelve a don Fernando M.R.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del demandante.

Hechos.—Muerte por ahogamiento de una niña de tres años en la piscina propiedad del demandado. Entre el demandante y el demandado existía una relación de precario al ceder don Fernando M.R., al demandante la vivienda de los caseros a cambio de determinadas labores en el jardín y en la finca.

Doctrina de la Sentencia.—Destacamos el motivo primero del recurso de casación en que se denuncia infracción de los artículos 1.089, 1.902 y 1.903 del Código Civil, por no tenerse en cuenta la concurrencia en el demandado de una omisión ilícita civil por falta de la diligencia exigible, según las circunstancias del caso. «El motivo se desestima al no existir la omisión denunciada por la recurrente, pues la apreciación de la culpa o negligencia requiere la presencia de la nota de previsibilidad, y aquellas figuras no se producen si la consecuencia fue imprevisible, atendidos los parámetros correspondientes y socialmente aceptados, como ha sucedido en suceso del debate, toda vez que es ilógico pensar que, al estar la piscina dentro de un recinto vallado en que está prohibido su acceso, así como protegido con cerramientos adecuados, una niña de tres años, dejada con el resto de la prole menor de edad del demandante, al cuidado de la hermana mayor de trece años de edad, pueda entrar en el mismo a escondidas y caer en la piscina, de manera que corresponde sentar que, al haber tomado don Fernando M.R. las precauciones referidas, el hecho de que se haya producido el siniestro se presenta como un hecho imprevisible».

Y el segundo motivo donde se sostiene la transgresión del artículo 1.903 del Código Civil en relación con el artículo 1.903 y la doctrina que cita, al señalarse que no se ha estimado la concurrencia en el demandado de una omisión ilícita civil (*culpa in vigilando*), representada por el descuido de dejar

abierta, sin cadena ni candado, la puerta de acceso al jardín y la piscina, imputable al mismo, bien por acción u omisión propia o de las personas por las que deba responder. El motivo se desestima porque el recurrente «...*parece suponer que, al considerarse empleado del señor M., éste debe responder por la negligencia de aquél, y olvida que ha dejado a su hija de tres años con el resto de la prole bajo la vigilancia de otra de trece años, acto, en verdad, inadecuado, así como que la institución de la patria potestad, donde se engloba el cuidado de los descendientes menores de edad, constituye una obligación personal, no extrapolable, por la existencia de una relación de precario entre el progenitor y un tercero a este último*».

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: HAN DE PROBAR QUE HICIERON LO POSIBLE PARA PREVENIR EL DAÑO.
(SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Bisbal, en sentencia de 5 de noviembre de 1993, estima parcialmente la demanda, sobre reclamación de cantidad formulada por doña María B.A. contra don Julio D.O. y otros.

La Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 1 de julio de 1994, confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Menor que causa la muerte de un hombre que tiene a su cargo el cuidado de su hermana minusválida, al disparar una escopeta de balines y huir del lugar sin prestar ningún tipo de auxilio.

Doctrina de la Sentencia.—El motivo segundo alega infracción del artículo 1.903 del Código Civil, párrafos primero, segundo y último, en relación con el artículo 1.902, ambos del Código Civil. Su eje argumental es la falta de culpa *in vigilando* por parte de los recurrentes. El motivo se desestima, ya que el menor reveló tener unas escasas, por no decir nulas, condiciones para la convivencia social. La sentencia de instancia da como probados unos hechos de los que se infiere sin lugar a dudas: «*que no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia una persona que se le causó la muerte por un disparo. En él caso concurre una evidente imputabilidad como autor material de la muerte en el hijo de los recurrentes, el cual, efectuado el disparo, huyó del lugar sin pedir ninguna clase de auxilio... Los recurrentes no han vigilado a su hijo, nada prueban en tal sentido, salvo que le dieron permiso para ir a la piscina, y que lo educaron bien (lo cual casa mal con la narración de la sentencia recurrida) ...es obvio que vagaba libremente, a su aire, y que en ese vagar ocurrió el desdichado suceso que acabó con la vida de una persona sin que se le pudiese prestar el más elemental auxilio...*»

L. T. M.