

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

LAS CANTIDADES DEBIDAS A UNA AGENCIA DE PUBLICIDAD NO PUEDEN COMPENSARSE CON UNA RESPONSABILIDAD ILÍQUIDA POR CONCLUCACIÓN DEL DEBER DE RESERVA QUE VINCULA AL PUBLICITARIO. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1999.)

Hechos.—La Agencia de publicidad reclamó judicialmente a su deudor el pago de la cantidad adeudada que se debía por sucesivos servicios publicitarios impagados, a lo que la deudora opuso la extinción de la obligación por compensación de deudas. La Agencia de publicidad, además, argumentaba que el accionista mayoritario de la deudora había facilitado información confidencial relativa a la rentabilidad de medios y espacios publicitarios difundidos a través de la radio y de la prensa escrita a una empresa rival de reciente creación, infringiendo el principio de buena fe contractual y las prescripciones de la Ley de Competencia Desleal y de la Ley General de Publicidad. En base a todo ellos, la Agencia opuso la excepción *non adimpleti contractus*, por cuanto quien incumple sus obligaciones no puede pretender que la parte contraria cumpla las suyas.

Doctrina.—La exigencia del incumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales y consiguiente excepción *non adimpleti contractus* frente a las reclamaciones abusivas hay que entenderla en sus justos límites. El contraste debe establecerse entre las obligaciones básicas de los contratantes, las que se denominan contraprestaciones, no pudiendo invocar, para excepcionar el incumplimiento contractual, otras obligaciones adicionales, por muy importantes que éstas puedan ser desde el punto de vista ético y jurídico. En una compraventa, las obligaciones de cumplimiento simultáneo obligado (salvo que se convenga un aplazamiento con respecto a alguna de las prestaciones) son la entrega de la cosa y el correlativo pago del precio. Y en un contrato de difusión publicitaria las obligaciones correlativas, que pueden parapetarse tras

la excepción, son la de realizar la campaña publicitaria, a cargo del agente, y la de satisfacer su importe, a cargo del anunciante. Existe además, el deber de reserva exigible a ambas partes, como lo demuestra el artículo 16 de la Ley General de Publicidad, que impone la obligación de sigilo informativo también a los anunciantes, pues según este precepto, deben abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la Agencia. También pueden incumplirse estos deberes tangenciales, que no forman parte del núcleo central de contrato. La consecuencia del incumplimiento será la necesaria indemnización de los daños y perjuicios producidos. Desde un punto de vista hipotético pudiera ocurrir que ambos contratantes observasen una conducta desleal, trasladando indebidamente a terceros una información confidencial; en este caso, si el cliente, por ejemplo, reclamase frente a la otra parte, la indemnización de daños y perjuicios, éste podría, con toda justicia, oponer frente a la pretendida acción indemnizatoria *la excepción non adimpleti contractus*, con lo que se neutralizarían las contrapuestas acciones indemnizatorias que cada parte podría esgrimir frente a su contraria. La excepción sólo debe argüirse frente a obligaciones del mismo volumen jurídico, ya que su empleo frente a obligaciones de distinta naturaleza violentaría los postulados en los que se apoya esa básica institución de las obligaciones bilaterales. De ahí que al tratarse del incumplimiento de un deber jurídico que no debe quedar sin sanción, la Agencia podrá ejercitar en su día la pretensión indemnizatoria por los perjuicios producidos por la deslealtad del anunciante, cuya reclamación no puede ser atendida en este litigio por no adecuarse a los límites de la excepción mencionada, en base a los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil que sujetan al que incumple lo pactado a la indemnización de daños y perjuicios causados, siempre con la exigencia de demostrar la realidad de tales perjuicios.

DISTINCIÓN ENTRE COMPRAVENTA A PLAZOS Y LEASING. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina.—El contrato de leasing es un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, para cuya calificación y diferenciación habrá de atenderse al contenido del contrato y, en concreto, a la cláusula que establezca la opción de compra a favor del usuario y al precio de la misma además, otro requisito más será el determinar cuándo el valor residual pactado en el contrato de leasing puede estimarse como insignificante; y en el presente caso si el valor de la máquina en cuestión es de 12.790.260 pesetas, y si la cláusula que establece la opción de compra a favor del usuario es de 213.203 pesetas, no hay duda que el valor residual es, en el presente caso, insignificante, tanto sea del 1,66 por 100, como afirma la parte recurrente, como el 3,84 por 100, que dice la parte recurrida, lo que aparece confirmado, además, por el dato derivado de que el precio de opción aparece totalmente pagado por la aceptación de un pagaré; en conclusión, que lo que las partes han suscrito ha sido un contrato de compraventa de bien mueble en la modalidad de a plazo. Valor residual que ha de tenerse por simbólico o insignificante, ya que, además, como resulta de los propios términos del contrato, no sería pagadero al finalizar el plazo de vigencia del contrato, sino que, por el contrario, constituyó el primer pago fraccionado del precio total contractual de 18.870.600 pesetas, y que tuvo lugar el mismo día

en que se firmó el contrato, el 22 de enero de 1990, así resulta del anexo del contrato en el que figuran las fechas en que habían de abonarse las cuotas pactadas, la primera de las cuales, se repite, es la de 314.510 pesetas, correspondiente al valor residual, ya que en ella no establece la preceptiva diferenciación entre la cuantía correspondiente a la recuperación por la arrendadora del coste del bien y las cargas financieras imputables a cada plazo, primer pago que, unido a las cincuenta y nueve cuotas mensuales establecidas, suman el precio contractual pactado.

LA DACIÓN EN PAGO NO ES UN PAGO STRICTU SENSU AUNQUE PRODUCE LOS EFECTOS DE ESTE. AL EXTINGUIRSE SE EXTINGUE LA FIANZA PESE AL IMPAGO DE EFECTOS MERCANTILES OBJETO DE LA DACIÓN EN PAGO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—La base fáctica del presente proceso que ha llegado a casación se remonta a un contrato de fianza, por el que el fiador, actual demandado, asume la obligación de cumplir la obligación contraída por otro con un tercero frente a su acreedor, el Banco demandante, tal y como regulan los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil, y a este contrato hay que añadir hechos anteriores y posteriores. Hechos anteriores como son las relaciones contractuales constitutivas de préstamos entre el pago y el tercero. Como hechos posteriores, el impago de los préstamos y las conversaciones entre el Banco y el tercero que culminó con la dación en pago consistente en la transmisión dominical de inmuebles, la entrega en propiedad de depósitos en efectivo y la cesión de letras de cambio que se hallaban depositadas en la entidad bancaria en garantía. Al resultar impagadas las letras de cambio, la entidad bancaria demandó al fiador el pago de la cantidad que había quedado sin percibir por aquélla, demandó asimismo a su esposa e hijos por otros pedimentos subordinados al anterior, relativos a la liquidación de la comunidad de gananciales, a la declaración de simulación absoluta de ciertos contratos de compraventa y a la rescisión por fraude de acreedores, subsidiariamente de los mismos contratos de compraventa.

Doctrina.—La base jurídica del presente caso es doble y se centra en la dación en pago y en la extinción de la fianza. La dación en pago ha sido el acuerdo entre el Banco demandante, acreedor, y las sociedades anónimas que eran sus deudoras y cuyo fiador era el demandado, es decir, *datio in solutum* de unos bienes, respecto a los que las partes acreedora y deudora han acordado que se cumpla la obligación, como prestación distinta de la que era objeto de la misma, es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación, o lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de «subrogado del cumplimiento». Lo que es importante destacar es su efecto: no siendo un pago *strictu sensu* produce los efectos de éste, que es el cumplimiento de la obligación y la extinción de ésta. Como consecuencia, el artículo 1.170 del Código Civil no se le aplica; esta norma contempla el pago de una obligación dineraria y en su segundo párrafo se prevé que este pago se haga por medio de un efecto mercantil, como la letra de cambio; pero se refiere a pago, es decir, que el deudor firme un pagaré, extienda un cheque o acepte una letra de cambio, no a que el deudor acuerde con el acreedor la dación en pago consistente, en vez de cumplir la obligación pecuniaria, en entregar al acreedor

letras de cambio libradas contra terceros: a este caso no se aplica el párrafo segundo de dicho artículo 1.170 del Código Civil.

La fianza es la base por la que ha demandado y la esencia de la desestimación de la demanda en las sentencias de instancia ha sido por razón de la extinción de la obligación garantizada; por la dación en pago, tal como prevé el artículo 1.847 del Código Civil; la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones, y la dación en pago es una forma de extinguir la obligación. Si posteriormente, alguna de las cosas se pierde, la fianza se extingue, tal como dispone el artículo 1.849 del Código Civil: si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

SI LA OBRA SE REALIZA SEGÚN LAS DIRECTRICES DADAS POR LA COMPAÑÍA NAVIERA, QUE PRETENDIÓ ECONOMIZAR GASTOS, NO PUEDE ESTA, POSTERIORMENTE, ARGÜIR LA EXCEPCIÓN NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS PARA INCUMPLIR SU OBLIGACIÓN DE PAGO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—Se opone por la parte recurrente la inaplicación de artículos del Código Civil tales como el 1.104, el 1.157 y el 1.258. Preceptos inaplicables, según el Tribunal, puesto que el artículo 1.104 perfila la culpa del deudor al que, en términos generales, debe exigírsele la diligencia de un buen padre de familia. Pero no habiéndose elaborado ningún presupuesto, ni fijado un plazo para la entrega, ni concretados muchos extremos de la ejecución, es difícil calibrar la diligencia exigible. En cuanto al artículo 1.157 es determinante «no se entiende pagada una deuda completamente sino cuando se hubiese hecho la prestación en que la obligación consiste». Pero a quien se le contrata para que facture gastos correspondientes a una sola capa de pintura no se le puede luego exigir una completa imprimación y, por otra parte, con el chorreo de superficies no se puede lograr la total asepsia y decoro de los tanques y de los «peaks». El artículo 1.258 aclara que los contratos, una vez perfeccionados, obligan al cumplimiento de lo pactado y también al de todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, sin que luego sea desarrollado el argumento en base al mismo.

Por último, no cabe alegar la infracción del artículo 1.124 del Código Civil en relación con la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues el propio informe del perito judicial: «los trabajos efectuados por la actora fueron los ordenados por la demandada, y si los mismos no fueron completos fue porque así lo quiso ésta». Según el informe, lo que pretendió el armador fue una labor de retoque de determinadas zonas del barco.

LA AUTENTICIDAD DE LA FECHA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS PUEDE VERIFICARSE POR MEDIO DE PRUEBAS DISTINTAS DEL PROPIO DOCUMENTO. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1999.)

Hechos.—El recurrente alega que el documento privado aportado por la tercerista como prueba de su adquisición por compraventa carece de fecha auténtica que pueda ser opuesta a terceros.

Doctrina.—El artículo 1.227 del Código Civil se refiere al caso en que sólo por el documento privado se pretenda acreditar determinado hecho, y tiene como finalidad el perjuicio a quien en él no hubiese intervenido, pero no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la fecha se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación. En el caso de autos, la veracidad del hecho y su fecha anterior al embargo y anotación la considera la Audiencia por la valoración de la prueba testifical y documental, sin que se haya citado y probado la infracción de preceptos relativos a esa tarea.

PRUEBA DEL CONSILIUM FRAUDIS EN LA ACCIÓN PAULIANA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El *consilium fraudis* necesario entre el deudor y el tercero puede probarse también mediante presunciones. Es racional y no arbitraria la de su existencia en este caso, en que el precio se confiesa recibido por los vendedores sin que haya probado ni intentado siquiera hacerlo, que fue efectivamente pagado y sin que se entregase la posesión. El que la compraventa sea algunos meses anterior al inicio del procedimiento ejecutivo no impide que pueda ser rescindida por fraude, pues la doctrina de esta Sala admite el ejercicio de la acción pauliana para dejar sin efecto negocios anteriores a la exigibilidad de las deudas, realizados con el fin de procurarse una insolvencia que se hará perjudicial en el previsible futuro para el acreedor. La cuestión de la insolvencia del deudor es de mero hecho, dependiente de la apreciación de la prueba en la instancia, sin que el recurso extraordinario de casación sea otra más en la que puedan volver a valorarse de nuevo todas las pruebas. Sólo cabe en él alegar y fundamentar error de derecho en la apreciación de ellas. El actor, en el ejercicio de la acción pauliana, puede cumplir el requisito legal de la previa persecución de bienes, demostrando una ejecución infructuosa anterior sobre el patrimonio del deudor. No se le puede obligar a la prueba diabólica, por imposible, de que carece de toda clase de bienes. En poder del que impugna el incumplimiento del requisito de la insolvencia está la prueba del hecho positivo, mediante el señalamiento de bienes suficientes que no han sido agredidos.

COMPRAVENTA A PRECIO ALZADO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El documento privado de compraventa en que se funda la pretensión de la actora, no expresa los linderos de la finca, designándose la misma por el número que le corresponde en el conjunto que se estaba constituyendo, en ese documento se hace una referencia expresa al proyecto del arquitecto según el cual se realizaba la urbanización, así como a la escritura de obra nueva y división horizontal, lo que permite una adecuada delimitación de la finca vendida a los actores. El Tribunal sostiene que el artículo 1.471 del Código Civil se refiere a la venta hecha por precio alzado, caso en el que la medida no cuenta, y aquélla en que aparecen especificados los linderos —si bien su ausencia no es requisito sustancial—, cabida o números y que obliga a todo lo comprendido, aunque exceda de la cabida o número expresado en el contrato y, de no ser posible, operar disminución proporcio-

nal en el precio, salvo que concurra anulación del contrato. Dicho artículo no eleva a requisito sustancial la consignación de los límites o linderos de las fincas, sino que se limita a partir del presupuesto que normalmente se toma en la vida de los negocios para la identificación de inmuebles, no para establecer imperativamente que sea el único medio para este resultado. En resumen, la venta formalizada en el documento privado es una venta a precio alzado con las consecuencias que de ello se derivan del artículo 1.471 del Código Civil.

CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA RESCISIÓN DE DONACIÓN A FAVOR DE MENORES. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—La donación realizada a favor de menores y en fraude de acreedores es nula, como nulos son los actos e inscripciones registrales que traigan causa de la misma, por haberse realizado en fraude de acreedores, ordenándose consiguientemente la cancelación de cuantas anotaciones registrales así consten. Y, asimismo, previene subsidiariamente para el supuesto de que la finca transmitida se encontrase en poder de tercero protegido registralmente, imposibilitando así la cancelación de estas últimas adquisiciones, la condena a las demandadas al abono de daños y perjuicios causados, consistentes en el importe de los avales no atendidos, junto con sus intereses legales.

OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD DE LA COSA PERMUTADA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El contrato de permuta es aquél por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar en propiedad una cosa para recibir también en propiedad otra. Cada parte contratante debe transmitir la propiedad de la cosa permutada a la otra. Consta como acreditado en las sentencias de instancia que ambas partes transmitieron a tercero la cosa que cada uno había permutado, siendo el primero de ellos el propio demandante, sin que haya probado que lo hiciera en nombre y por cuenta del demandado. Ambas partes incumplieron sus obligaciones.

CUANDO LA DEUDA PRODUCE INTERES, TRATÁNDOSE DE UNA SOLA DEUDA, NO PUEDE ESTIMARSE HECHO EL PAGO POR CUENTA DEL CAPITAL MIENTRAS NO ESTÉN CUBIERTOS LOS INTERESES. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El actor hizo entrega, a través de Notario, a la Entidad acreedora de un talón con intención de tener por abonado el principal de 15.000.000 de pesetas, no lo es menos que por un lado, dicha Entidad, a través de Notario, según consta en el Juicio Ejecutivo mencionado, remite una carta al hoy apelante, haciendo saber que eran deudores a la remitente en la cantidad de 24.000.000 de pesetas, y por otro, que el representante de la citada sociedad acepta el cheque o talón por importe de esos quince millones de pesetas —sería absurdo que lo hubiera rechazado cuando eran acreedores de una cantidad mayor— pero haciendo constar que tal cantidad se imputaría confor-

me a lo dispuesto en el artículo 1.173 del Código Civil, es decir, primero, a los intereses y posteriormente al principal.

INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA POR CARENTE DE CAUSA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El reconocimiento de deuda es un negocio jurídico unilateral por el que el sujeto declara la existencia de una deuda previamente contraída. Se le aplica la presunción de existencia de la causa que proclama el artículo 1.277 del Código Civil, presunción *iuris tantum* que es posible destruir, si se declara probado que carece de la función objetiva en que la causa consiste y que presupone la realidad de la deuda que reconoce. Las sentencias de instancia han declarado probado que el reconocimiento discutido en el proceso carece de causa —nunca hubo deuda que reconocer— y se declara nulo o más bien inexistente por falta del elemento de causa, esencial en todo negocio jurídico. Cuya inexistencia comporta la invalidez del acto jurídico que es el pago y que en el presente caso fue dación en pago, consistente en la entrega de cuatro inmuebles, *datio in solutum* de tales bienes, respecto a los que las partes acuerdan que se cumpla la obligación, como prestación distinta de la que era objeto de la misma, forma especial del pago o subrogado del cumplimiento, que en el presente caso no hubo previa obligación ni, por tanto, pago o dación en pago válido.

CONSIDERACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIARIO COMO NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO CON SIMULACIÓN RELATIVA QUE ENCUBRE UNA GARANTÍA CON PACTO COMISORIO. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—En el presente caso por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la sentencia de instancia, que no le aplica los efectos según la doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiesta que lo han celebrado «sin verdadero *animo vendendi*». La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, «garantía de la devolución de las cantidades adeudadas». Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguo precedente en nuestro Derecho en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. En conclusión, tal como expresan las propias partes contratantes, la compraventa de las fincas nunca se quiso («Sin verdadero *animo vendendi*») y no hubo precio; fue un negocio jurídico simulado, que simuló con la compraventa con pacto de retro la garantía de un crédito, consistente en un pacto comisorio, ilícito, por lo que el negocio jurídico simulado adolece de causa ilícita y es nulo.

I. I. M.

SE DESESTIMA LA RECLAMACIÓN DE UN CRÉDITO POR ESTAR COMPRENDIDO EN EL CONVENIO DE ACREEDORES Y QUEDAR SATISFECHO CON LA ENTREGA DE LA TOTALIDAD DE LOS BIENES, DERECHOS Y ACCIONES MEDIANTE DACIÓN EN PAGO O VENTA. ARTÍCULOS 9 DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, 1.157 DEL CÓDIGO CIVIL Y 523 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arrecife, en sentencia de 11 de enero de 1993, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1.ª) en sentencia de 14 de mayo de 1994, estima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La entidad mercantil «Construcciones Canarias, S.A.», en anagrama «Construcansa», promueve juicio declarativo de menor cuantía contra las también mercantiles «Cerros del Sol, S.A.», y «Promociones y Fabricaciones, S.A.», en anagrama «Profusa» y otros señores, con las siguientes pretensiones: le sea abonada una determinada cantidad, la cual le era adeudada con carácter solidario como consecuencia de unas certificaciones de obra giradas, y por otro lado, y en base a la suscripción de un contrato privado de ejecución de obras con suministro de materiales, se declare que «Cerros del Sol, S.A.», en calidad de propietaria del inmueble construido, adeuda las cantidades y conceptos cuya determinación se han dejado en ejecución de sentencia. Y como consecuencia de estas declaraciones se condene a las personas físicas y jurídicas mencionadas y con el carácter suplicado a pagar tales cantidades en cuanto a su cuantificación en ejecución de sentencia.

Doctrina de la Sentencia.—En base a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, «los juicios ordinarios y ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos seguirán su tramitación hasta la sentencia cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente». No se puede olvidar que el procedimiento declarativo que se instó en su día se formuló en ratificación de un embargo preventivo decretado por el mismo Juzgado que tramitó el de menor cuantía y que tal embargo preventivo fue anterior a la presentación por parte de los demandados del expediente de suspensión de pagos. La sentencia infringe por inaplicación el artículo 9, pues es lo cierto que el contenido de los fundamentos jurídicos está obviando la realidad incuestionable de que cuando por el actor se formula reclamación judicial, el crédito ya existe, y así lo admite la propia sentencia de la Audiencia Provincial, pues declara que como consecuencia del convenio, se extingue el crédito. El artículo 9 permite que, en los casos en que el demandado está en situación concursal, los procedimientos judiciales prosigan hasta sentencia. El crédito reclamado en este proceso está sujeto a lo pactado en el convenio de suspensión de pagos, y extinguido el contrato se aplican los bienes de la suspensa a su satisfacción.

La alusión al artículo 1.157 del Código Civil se circunscribe al hecho de que la sentencia recurrida entiende que se extingue la obligación porque como consecuencia del convenio, el suspenso entrega determinados bienes a sus acreedores en pago a sus deudas, figura que, a juicio de la Audiencia, produce

efectos extintivos de los créditos del que son titulares los acreedores que reciben los bienes que eran propiedad del deudor, argumentándose que la solicitud de declaración de crédito, hecho por el actor en su demanda, iba más allá de la cuantía que le fue reconocida por los interventores en la Suspensión de pagos. Y así lo entendió y lo declaró la sentencia de Primera Instancia, por lo que si el recurrente hubiese obtenido la sentencia en un período de tiempo razonable hubiera podido obtener de los interventores el reconocimiento total de su crédito, y que la sentencia siempre hace referencia al convenio alcanzado en la suspensión de pagos de una de las dos entidades demandadas concretamente en la de «Promociones y Fabricaciones, S.A. (Profusa)», olvidando que la entidad «Cerros del Sol, S.A.», también fue condenada y que podía haber hecho valer contra dicha entidad la diferencia entre el crédito que se podía considerar extinguido por el convenio aludido y el reconocido en la sentencia de Primera Instancia. Si, ciertamente, el artículo 1.157 establece no sólo se entenderá pagada una deuda como completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, ello no autoriza a desvirtuar y dejar sin efecto el resultado probatorio recogido en la sentencia recurrida cuya consecuencia valorativa ya quedó expuesta en el proceso, y tal particular resulta inatacable en casación, sin embargo, no contradice en ningún aspecto a las prescripciones del meritado precepto, careciendo, además de relevancia la omisión del Tribunal *a quo* respecto a la suspensión de pagos de la otra entidad «Cerros del Sol, S.A.», al resultar innecesaria en razón a la valoración probatoria antedicha: el crédito reclamado en el proceso está sujeto a lo pactado en el convenio y extinguido.

Y por lo atinente al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconoce la legitimidad de las pretensiones de la actora.

EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Santander en sentencia de 26 de julio de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 3.^a) en sentencia de 29 de abril de 1994, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—El Ilustre Colegio de Procuradores de Cantabria, en fecha 14 de junio de 1988, que se haya en vigor, suscribe con la aseguradora «Aurora Polar, S.A., de Seguros» una póliza de Responsabilidad Civil, que consta de seguro propiamente dicho y anexo, que incluyen condiciones generales y particulares, de cuya póliza es tomador el Ilustre Colegio de Procuradores, y asegurados, todos sus colegiados, supuesto en el que se encuentra el Procurador de nuestra litis, y el límite máximo de indemnización por cada siniestro por daños materiales, alcanza la cifra de quince millones de pesetas con una franquicia de cien mil pesetas por cada siniestro como tope máximo.

Doctrina de la Sentencia.—El concepto genérico de cuanto debe entenderse por «responsabilidad civil» —obligación atribuida a una persona respecto a indemnizar a otra de los daños y perjuicios causados—se encuentra recogido en el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre que, siguiendo las direc-

trices del artículo 1 de la misma, viene a definir el seguro de esa denominación como aquél en que el asegurador se obliga, dentro de los límites legales y contractuales, a cubrir el riesgo, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, línea en la que quedó concertada la póliza de autos, pues, la inclusión general respondía a la «responsabilidad» en que podía incurrir el profesional en el ejercicio libre e independiente de la Procuraduría, encargándose mediante apoderamiento de representar los derechos de su poderdante ante los Tribunales de Justicia. La misma póliza recogía su alcance, pues la misma garantizaba al asegurado la responsabilidad civil profesional que pueda derivarse, de acuerdo con las leyes vigentes, por daños patrimoniales primarios causados involuntariamente a clientes o terceros y que deriven de errores profesionales en que pueda incurrir en el ejercicio libre de su actividad profesional. Y en los términos y condiciones consignados en la póliza, el asegurador toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el asegurado, de acuerdo con los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, como consecuencia de los daños y perjuicios causados de manera involuntaria a terceros por hechos que deriven del llamado riesgo especificado en las condiciones particulares de la póliza. Y es que la reclamación efectuada por el Procurador no responde a supuesto alguno de responsabilidad civil derivada del ejercicio profesional de la Procuraduría, toda vez que cuando acudió a la vía o al trámite de la provisión de fondos conferida en el artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ejercitó fue un derecho reconocido en favor o beneficio de su función de Procurador, sin que, desde luego, las vicisitudes o incidencias acaecidas con posterioridad, puedan equipararse a las devenidas en supuestos de responsabilidad civil, ya fuese ésta de índole penal, contractual o extracontractual. Además, la obligación de reintegrar las cantidades percibidas a través del expediente de habilitación de fondos no es posible entenderse como riesgo cubierto por la póliza contratada al no tener encaje en ninguno de los riesgos que en ella se relacionan, bien en el general o en los particulares detallados y en los siguientes.

ARTÍCULOS 1.218 Y 1.252 DEL CÓDIGO CIVIL. SE DESESTIMA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA POR FALTA DE COINCIDENCIA EN AMBOS PROCEDIMIENTOS RESPECTO A LAS IDENTIDADES EXIGIDAS EN EL ARTÍCULO 1.252. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Murcia en sentencia de 23 de noviembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) en sentencia de 11 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

Hechos.—Don Diego, doña María Teresa, y don José Noguera Sánchez, actuando por sí y en beneficio de la comunidad de herederos de don Pascual Jara Carrillo, promueven juicio declarativo de menor cuantía contra doña Teresa Sánchez Basterrechea y cualquiera otra persona desconocida que pudiera detentar la posesión de la finca reivindicada, pretendiendo que la sentencia a dictar contuviera los siguientes pronunciamientos: A) Se declare el pleno dominio de la finca denominada «Huerto» y descrita como «trozo de

tierra olivar secano»; B) Se declare la nulidad del expediente de dominio promovido y la falsedad de los títulos invocados en el expediente, y C) Se condene a restituir la posesión de la finca a los demás coherederos del causante, entre otras pretensiones.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida no admite la excepción de cosa juzgada y ello porque las directrices jurisprudenciales han de ponerse en relación con los fallos de las sentencias que dan lugar a la cosa juzgada, resultando obvia la identidad de la finca, la identidad de personas, aunque falte la coincidencia física cuando en el segundo proceso se ejercitó la misma acción, con iguales títulos y fundamentos, que es lo que comporta la solidaridad del artículo 1.252 del Código Civil, y la apreciación de la Sala sobre el aquietamiento de la recurrente a la desestimación de la cosa juzgada es imprecendente, y ello por las siguientes razones: 1) porque fue alegada en momento procesal oportuno, y 2) porque la teoría de la alegación de parte para la prosperabilidad de esta excepción, en su aspecto positivo, está suficientemente superada por la Jurisprudencia en sentencias de 26 y 28 de febrero de 1990, 2 de julio de 1992 y 23 de marzo de 1993, señalando que «la cosa juzgada material» cuando es notoria su existencia y en cuanto afecta al inmediato fin del proceso, así como a la seguridad jurídica y al prestigio de unos órganos estatales, los jurisdiccionales, corresponden a la esfera del dominio público debiendo, en consecuencia, ser apreciada de oficio por los Tribunales y ha de tenerse en cuenta que el fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica.

Pero, en relación con la excepción de cosa juzgada es conveniente puntualizar, a modo de cuestión previa, la falta de relevancia, a efectos procesales, del hecho de haberse aquietado la demandada con la sentencia recaída en la instancia y no haber apelado de la misma respecto al particular desestimatorio de la excepción de cosa juzgada que planteó al contestar la demanda, puesto que desde el momento en que aquélla desestimó, a su vez, la demanda en cuanto al fondo del asunto y absolvió a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, esta parte no se encontraba en la obligación de apelar.

IMPUGNACIÓN DE PRECEPTOS ESTATUTARIOS DE LA CAJA DEMANDADA POR INFRINGIR LOS RESPECTIVOS, TANTO DE LA LEY 1, DE 4 DE ENERO DE 1991, REGULADORA DE LAS CAJAS DE AHORROS DE ARAGÓN, COMO LOS DE LA LEY 31 DE 2 DE AGOSTO DE 1985, DE ÓRGANOS RECTORES DE LA CAJA DE AHORROS —LORCA—. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Zaragoza en sentencia de 28 de julio de 1992 estima la excepción de falta de jurisdicción y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) en sentencia de 20 de abril de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La Asociación de Impositores de Bancos y Cajas de Ahorro de Aragón —AICAR—, interpone recurso contra la sentencia dictada

por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) de 20 de abril de 1994, que estimó en parte la apelación en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Zaragoza, el 28 de julio de 1992, que apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción, y examinando el fondo del asunto desestimó la demanda e interpuso recurso.

Doctrina de la Sentencia.—De la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de órganos rectores de la Caja de Ahorros, LORCA, que regulan la Asamblea General de las Cajas, no se desprende la obligación de silencio alguno, ni supone un riesgo para los intereses de la Caja, la publicidad de las informaciones y deliberaciones de la Asamblea General y de la Comisión de Control. Y según se desprende de la Ley aragonesa 1/91, de 4 de enero, reguladora de las Cajas de Ahorro aragonesas, en particular de su artículo 31.2, que literalmente es como sigue: «debe haber una gradación de los asuntos que deben considerarse secretos y los que deberían ser conocidos por todos los impositores de la Caja y no sólo de sus representantes en los órganos rectores de la Caja», diferenciación esta que es suprimida por la Caja demandada cuando en su artículo 6, párrafo 2 de los Estatutos, impone el secreto total para todos los asuntos propuestos. Los preceptos controvertidos son del siguiente tenor: ARTICULO 6.2 DE LOS ESTATUTOS: «Los miembros de cualquier órgano de Gobierno quedarán sometidos a la obligación de guardar secreto, tanto sobre los asuntos que se sometan al respectivo órgano, como sobre las deliberaciones habidas en su seno, el quebrantamiento de tal secreto, cuando diere lugar a graves consecuencias para la Entidad, constituiría justa causa para su cese, todo ello sin perjuicio de la obligada rendición de cuenta que fuere preceptivamente exigible». ARTICULO 31.2 DE LA LEY 1/91: «Los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro deberán guardar secreto sobre las informaciones que, con este carácter, reciban en el ejercicio de su actividad en dichos órganos». ARTICULO 20.3 DE LA LEY 31/85: «Las deliberaciones y acuerdos del Consejo de Administración tendrán carácter secreto, considerándose infracción grave el quebrantamiento del mismo a los efectos de incompatibilidad prevista en el apartado A) del artículo 8 de esta Ley y sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran proceder». Y es que la imposición de secreto no respeta la normativa de rango superior contenida en la legalidad de lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley de Cajas de Ahorro de Aragón, porque al establecer el precepto estatutario ese deber del secreto de todas y cada una de ellas las informaciones recibidas, acuerdos adoptados, efectivamente, no respeta ni ese artículo 31.2 de la Ley 1/91, que solamente establece e impone el deber del secreto respecto de aquellas informaciones que se deriven con ese carácter, y tampoco se relaciona con lo dispuesto en el artículo 20.3 de la LORCA.

LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL Y LA BUENA FE ES UNA «CUESTIÓN FACTI» RESERVADA A LA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Soria en sentencia de 7 de mayo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria en sentencia de 1 de febrero de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Existencia de una determinada relación comercial plasmada documentalmente y que liga contractualmente a las partes.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso nos encontramos con la situación de demostrar la existencia de unos hechos, como es el de determinar si en el contrato de representación comercial suscrito entre las firmas «COSA» e «IRSA», el 27 de mayo de 1985, se tenía especificado en alguna de sus cláusulas una representación mercantil en exclusiva en favor de la primera, para todo el área comercial territorial especificada con inclusión de las zonas de aquellos clientes denominados especiales —grandes áreas comerciales—. Pero se llegó a la conclusión de que en el contrato que se estudia no existía oscuridad en sus cláusulas y que tampoco existía ningún pacto que indicase la nota de exclusividad.

En la presente contienda judicial, el Juez *a quo* no ha tenido la necesidad de llegar a utilizar la prueba de presunciones, que se define como aquella de la que se sirve el Juzgador para establecer en cada caso concreto la relación existente entre la afirmación base y la afirmación presumida, pero su utilización siempre exige que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 del Código Civil, es decir, que la prueba de presunciones judiciales debe catalogarse como de supletorias respecto a los demás medios de prueba.

Por otro lado, la buena fe contractual, según posición consolidada en la doctrina civilista supone un complejo de normas jurídicas que carecen de una formulación positiva concreta y que conforman una serie de principios que la conciencia social estima como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecido por los usos contractuales.

ARTÍCULOS 1.1 Y 2, 2.3 Y 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL. OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR AL CENTRO DEL QUE DEPENDÍA DETERMINADO HOSPITAL POR FALTA DE INFORMACIÓN SUFICIENTE EN ORDEN A LOS RIESGOS QUE COMPORTABAN UNA PRUEBA DE DIAGNOSTICO. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 37 de los de Barcelona en sentencia de 25 de enero de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) en sentencia de 22 de abril de 1994 desestima los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—En enero de 1983, la señora Aranda Castillejos, que padecía crisis convulsivas tónico-clónicas desde hacía siete años, controladas con medicación anticonvulsiva, presentó crisis generalizada. Practicado scanner cerebral en el Hospital «Príncipes de España», de Bellvitge, se diagnosticó un probable angioma cavernoso frontal derecho, para cuya exacta comprobación se precisaba un estudio angiográfico. Ante la imposibilidad de llevar a cabo la prueba en el indicado hospital, se remitió a la enferma al de la Santa Cruz y San Pablo, donde ingresó el 14 de junio de 1983. En este centro se practicaron pruebas de exploración neurológica, analítica y radiológica de tórax, dando resultados normales. Dos días después, el 16, cuando se procedía a la expío-

ración angiográfica, mediante cateterización de arteria femoral bajo anestesia local, la paciente sufrió una complicación diagnosticada como espasmo en territorio vertebro-basilar. Tratada de aquella complicación fue ingresada aquejada de terraparesia compleja izquierda y trastornos de formación. No se suministró suficiente información ni al marido de la paciente ni a ella misma.

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia es constante y uniforme al señalar que el artículo 1.214 del Código Civil, no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser considerada su infracción en casación si el Juzgador hubiese alterado indebidamente el *onus probandi* sin que pueda entenderse que concurre la alteración del principio distributivo cuando se realiza una apreciación de la prueba aportada por cada parte y luego se valora en conjunto su resultado. Y es que es indudable que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba médica, pero no cabe desvincular al Centro hospitalario de toda obligación al respecto al incumbirle, en el aspecto y estructura organizativos, un deber *in vigilando e in eligendo*. En el caso de autos, la prueba a efectuar podía ofrecer la existencia de un riesgo no imprevisible, con resultado de consecuencias dañosas incalculables y, desde luego, estaba en condiciones de demostrar que había sido cumplido el ineludible deber informativo, el que, en razón a los graves riesgos que la prueba de diagnóstico comportaba, exigía que la información hubiera sido exhaustiva para permitir a la paciente tener total conocimiento del alcance de las alternativas de que disponía y su pleno consentimiento, sin vicio alguno, a la prueba.

En lo relativo a la denunciada infracción del artículo 2.3 del Código Civil, cierto es que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, entró en vigor con posterioridad al acontecimiento del caso de autos, pero la sentencia recurrida no desconoció la fecha de su entrada en vigor expresándolo así, explícitamente, y su mención y remisión a dicha Ley se hizo tan sólo en el aspecto de utilizar sus criterios interpretativos como norma aplicable. Paralelamente decir que por aquél entonces regía el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones, aprobado por Orden de 7 de junio de 1972, del cual se desprende el derecho del enfermo de ser informado de las posibles consecuencias de las intervenciones quirúrgicas y, por otro lado, resulta incuestionable que el deber informativo forma parte de las normas deontológicas de los Colegios Médicos y su observancia, además, es una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles, sin que, por tanto, la obligación informativa quepa reducirla al rango de una costumbre usual existente en el ámbito médico hospitalario.

Al mismo tiempo, se analiza la variación de la acción ejercitada en que se incurre en la sentencia, porque mientras que el objeto de la reclamación actora se sitúa en el marco de la responsabilidad extracontractual, aquélla establece que la acción tenía naturaleza contractual. A la afirmación que se hace en la sentencia no es dable concederle una significación absoluta, pues, en realidad, lo que manifestó fue que la cita del artículo 1.902 no desvirtuó la relación subyacente que cabe calificar de contractual. Y es de tener en cuenta que en la demanda se menciona junto al artículo 1.902, el 1.101, y alude a determinadas sentencias sobre la obligación contractual o extracontractual del médico y personal sanitario e igualmente que la doctrina de la Sala admite la compatibilidad de las culpas contractual y extracontractual y

la posibilidad de optar entre una u otra, que parece recogida en varias sentencias y la que establece que las responsabilidades contractual y extracontractual producen el efecto común del deber indiscutible de reparar las consecuencias dañosas originadas. Todas estas consideraciones llevan a concluir que a la sentencia objeto de impugnación no es posible tacharla de incongruente en ningún sentido, y que la cuestión analizada no revela presencia de infracción alguna.

RESPONSABILIDAD DECENAL POR VICIOS RUINOGENOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Burgos en sentencia de 5 de noviembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) en sentencia de 11 de julio de 1994 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Responsabilidad del contratista de un edificio y del arquitecto que dirige las obras frente a terceros, articulando una responsabilidad.

En el supuesto de autos concurre una relación contractual entre los contratados, existente pues entre la actora «Crevic, S.A.», y los demandados «Hormigones Abadesa, S.A.», que asumió los trabajos concretos como el vertido de hormigón para realizar la solera de la nave construida y propiedad de la demandante y don José Miguel Barga Pérez, así como una tercera persona, el ejecutor de la sub-base de la solera; relación esta que es el fundamento último de la petición que se formula en el escrito de la demanda, y en el que, en definitiva, no es aplicable el artículo 1.591, que se refiere a una relación extracontractual.

Doctrina de la Sentencia.—Se entiende que se ha aplicado erróneamente el artículo 1.591 del Código Civil, haciendo constar el acreditado en el procedimiento que las obras han sido ejecutadas por la propia actora-propietaria, por el sistema de adjudicar la colocación de la solera a otra empresa, la codemandada, y haber ejecutado, a su vez, la misma actora con el contratista demandado, alteración de la dosificación del proyecto. La Sala tiene en cuenta el informe pericial, y a este respecto el criterio jurisprudencial es claro en sentencias como la de 20 de marzo de 1998, en que se indica que «todo cuanto acontece se tiene en cuenta a la hora de valorar la prueba pericial, de manera que no puede afirmarse que su ponderación contradiga las reglas de la sana crítica, entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, y si la valoración que realiza estuviese abierta a la crítica se estaría convirtiendo la casación en una tercera instancia, lo que no se admite por la Sala». En este orden de cosas, decir que los tribunales de instancia, en uso de las facultades que le son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. La prueba pericial es de libre apreciación por el Juez. El juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea

contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 64 de los de Madrid en sentencia de 7 de julio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a) en sentencia de 25 de junio de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Parte la Sala haciendo constar que la prueba de confesión se celebra ante la presencia judicial y que si la parte entiende que el hecho de practicarse por una persona distinta a la solicitada produce indefensión, se debe efectuar en dicho momento la protesta, cosa que no se hizo en nuestra litis, sino tan sólo cuando finalizada la Primera Instancia, la sentencia no resultó conforme a sus pretensiones, ni tampoco se solicitó la práctica de una nueva confesión en la Segunda Instancia, por todo lo cual se incumple el requisito del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que se haya pedido la subsanación de una falta en la instancia en que se hubiese cometido.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR INCUMPLIRSE PAGO EN LA EJECUCIÓN PARCIAL DE LA LOCATIO OPERIS CONTRATADA. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de León en sentencia de 28 de enero de 1994 estima la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 1.^a) en sentencia de 26 de mayo de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—La realidad material a que se refiere el contrato —de la especie *locatio operis*— es consumada por las partes. En realidad, nos encontramos ante el contrato concertado entre el Club de Golf de León y la actora «Sociedad Target, S.A.», que tenía por objeto el que esta empresa técnica de ingenieros realizara para aquella y ejecutara el proyecto para un campo de golf, que se cumpliría por parte de la contratista, realizando el proyecto, comenzando las obras, siempre y cuando dicho proyecto se entregase con el correspondiente visado llevando la dirección técnica de las obras de ejecución hasta expedir el certificado final de obra, pero la actora entrega el proyecto sin obtener antes el preceptivo visado y, en tales condiciones inicia la ejecución de las obras, sin visado, y las continúa hasta que cuando faltaba una buena parte —un tercio aproximadamente— se paralizan sin haberse reanudado.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato no sólo obliga a lo pactado sino también a todas las consecuencias que, según la naturaleza, sean conformes

a la buena fe, al uso y a la Ley porque, en definitiva, se dice que, «el proyecto de obra no tiene ningún valor ante la Administración llamada a autorizar y admitirlo si no lleva el correspondiente visado del Colegio correspondiente».

Dentro del Derecho Privado o Derecho Sustantivo, lo fundamental es demostrar la realidad de la relación contractual cuyo incumplimiento deriva en el ejercicio de la correspondiente acción tendente al cumplimiento o al resarcimiento de los correspondientes daños y perjuicios, siendo evidente que en el arrendamiento de obras, suscrito entre las partes, concurren todos los requisitos básicos para la existencia del mismo y, por lo tanto, es perfectamente tutelable la pretensión ejercitada, pues, frente a ello, no es posible oponer la inexistencia de ese visado del Colegio profesional correspondiente, por cuanto que, como se dice, ese presupuesto del visado no tiene trascendencia a los fines de la eficacia del orden jurídico casacional, y con independencia de lo que represente en otro ámbito. Esa carencia, según la Sala, no implica desdoro alguno o que se devalúe la impronta reglada que puede representar la existencia de dicho requisito en toda la actuación de los respectivos profesionales porque, en su caso, si se omite, deberá tener la correspondiente sanción dentro de ese mismo ámbito, pero sin que ello pueda proyectarse para determinar la ineficacia de las consecuencias derivadas de un incumplimiento negocial. Al mismo tiempo se estima que la sentencia recurrida infringe por no aplicación la doctrina jurisprudencial sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, recogida entre otras en las sentencias del Alto Tribunal de 10 de noviembre de 1981, 6 de julio de 1993, 8 de julio de 1993 y 9 de marzo de 1993, en relación con la doctrina jurisprudencial, cuya infracción por inaplicación también se denuncia, relativa al principio jurídico *iura novit curia*, íntimamente relacionado con el axioma *da mihi factum, dabo tibi ius* contenida entre otras en la sentencia de este Alto Tribunal de 5 de mayo de 1982, 18 de noviembre de 1974, 21 de julio de 1983, 10 de mayo de 1984 y 6 de julio de 1984. No sólo la actora remitió el Proyecto, sino que, sobre todo, procedió a iniciar la ejecución de las obras concertadas, y que así las estuvo ejecutando, presumiblemente con la aquiescencia o conocimiento de la parte demandada, por lo que, con independencia de que no se hubiesen terminado por completo las obras ya ejecutadas, las convenidas, tiene aquella contratista un derecho cierto a recibir la correspondiente contraprestación económica que es a lo que ha sido condenada la comitente por parte de la sentencia con el añadido del importe pactado por prestación del proyecto y de la dirección de las obras. Y es que la prestación no es *operarum* sino *operis*, y se refuerza la existencia de dolo que no se ha probado, ya que concurren en la *locatio* los supuestos que prevé el Código Civil en el artículo 1.261, sin que se den los vicios determinantes de la apreciación de dolo civil, en forma de terminante de la nulidad de lo convenido, sobre todo al ser preciso la existencia de dolo grave, que es sólo relevante al recaer sobre la esencia de lo contratado, y sin que se haya demostrado que la sociedad «Target, S.A.», haya obrado con falta de lealtad contractual por lo que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1.265—, es cuestión de mero hecho, y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida.

LA DISOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES REHABILITADA EN LA POSTERIOR TRANSACCIÓN AL NOVARSE EL PRECIO REQUIERE ASIMISMO EL REQUERIMIENTO COMISORIO PREVIO DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 19 de Sevilla en sentencia de 20 de septiembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.^a) en sentencia de 4 de mayo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se solicita por la parte actora la resolución del contrato de 5 de julio de 1990, en el que se rehabilita el contrato de compraventa de 18 de julio de 1988, y puesto que se trata de una venta de bienes inmuebles, antes de que se produzca la petición judicial de resolución de contrato se debe haber cumplido por quien insta la resolución el requerimiento que a tal efecto y de forma imperativa determina el artículo 1.504 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—El razonamiento que hace la Sala al revocar la *ratio decidendi* del Juzgado de Primera Instancia de que no se precisa en el supuesto litigioso acerca del pacto comisorio del artículo 1.504 del Código Civil, el requerimiento notarial preceptivo, habida cuenta que la rehabilitación llevada a cabo entre las partes el 5 de julio de 1990, renueva, por así decirlo, el contrato de compraventa, cuyo contrato, a su vez, había sido resuelto por sentencia, y que por tanto no es preciso, pues, efectuar ya ese requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil, no es pertinente, porque el contrato de transacción no sólo se limitó a rehabilitar en lo sustancial el contrato de compraventa anterior de 18 de julio de 1988, sino que acogió modificaciones tales como las que se indican en el repetido contrato de transacción de 5 de julio de 1990 y con la fijación de una contraprestación al valor fijado a los inmuebles en el contrato primitivo de 18 de julio de 1988, lo que suponía un sobreprecio, que suponía una modificación sustancial de carácter objetivo y equivalente como tal a una novación, por lo que no es posible el entendimiento literal del razonamiento de la Sala de instancia, ya que, al convenirse *ex post* una novación de la anterior compraventa aparece una nueva compraventa, de ahí que no sea posible entender como expone la Sala *a quo* que, como la compraventa originaria quedó ya resuelta por anterior sentencia, no se precise respecto a la nueva reproducir la formalidad ex artículo 1.504 del Código Civil porque no hay duda de que el contenido de aquella transacción en esencia se refiere a convenir la nueva compraventa de los mismos bienes, ya que, estando ante una nueva compraventa de bienes inmuebles será preciso encauzarla a través del artículo 1.504, y por tanto, es ineludible el requisito de previo requerimiento notarial, sin que sea de recibo la cobertura exclusiva del artículo 1.124 del Código Civil pues, al basarse esa resolución por incumplimiento de pago de precio, la sanción del artículo 1.504 es ineludible, lo que no observó la parte correspondiente. En realidad, la alteración del precio anterior con el nuevo precio de la venta de inmuebles en el contrato de transacción, teniendo en cuenta que el precio es elemento esencial en la compraventa, comporta ineludiblemente a que se haya estructurado una nueva compraventa, por lo tanto, para su resolución vía comisorio es preciso cumplir los requisitos del artículo 1.504.

COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA INFRACCIÓN DE «ORDENANZAS DE EDIFICACIÓN» VOLUNTARIAMENTE ACEPTADA POR LOS ADQUIRENTES DE LAS PARCELAS EN UNA URBANIZACIÓN. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Guadalajara en sentencia de 31 de diciembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Guadalajara en sentencia de 1 de julio de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—La cuestión sometida ahora a debate se centra en la demolición parcial de una construcción destinada a vivienda por no respetar una alineación reseñada en las «ordenanzas de edificación» convenidas por los propietarios de la zona en que se encontraba la edificación.

Doctrina de la Sentencia.—Se le acusa a la sentencia impugnada de no tener en cuenta que las ordenanzas de edificación y los convenios urbanísticos carecen del carácter de privados, ni poseen valor alguno si no han sido sancionados por la autoridad administrativa correspondiente. La cuestión se integra en una problemática de Derecho Privado, habida cuenta de la naturaleza de dichas «ordenanzas de edificación», cuya violación afecta a las vistas y a la luminosidad de la casa de éste, imponiendo una limitación, y es que la línea de edificación de las parcelas segregadas se retranqueará como mínimo cinco metros de la del cerramiento, y ello con el fin de guardar uniformidad en las construcciones realizadas en el conjunto urbanístico y para evitar situaciones arbitrarias de cualquiera de los propietarios que puedan perjudicar a los demás, los recurrentes habían construido sus casas con un retranqueo de aproximadamente tres metros contados desde la línea de cerramiento de las parcelas, a su inicial derecho a no sufrir obstáculos en tal visibilidad, y es, pues, sin duda, la jurisdicción del orden civil quien posee la competencia para el conocimiento del asunto.

CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Marbella en sentencia de 15 de noviembre de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en sentencia de 21 de junio de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La entidad «Daylong Island Española, S.A.», vende a «Sihec España, S.A.», una suerte de tierra constituida por segregación de una finca mayor en finca independiente, finca que vende en escritura de 17 de marzo de 1987. El pago del precio se aplazó fijando como fecha última, inexcusable, la de 20 de febrero de 1988. En garantía del cumplimiento de la obligación de pago, la sociedad compradora «Sihec España, S.A.», entrega a la vendedora «Daylong Island Española, S.A.», un aval prestado por Swiss Bank Corporation de Suiza, que aseguraba el pago del precio por la compradora en la fecha

convenida, por el importe total, precio e intereses convenidos, y que la sociedad vendedora podría ejecutar en caso de incumplimiento total o parcial contra la compradora Sihec España. En la misma fecha y simultáneamente con la compraventa, Daylong Island (vendedora), cedió el crédito que tenía frente a Sihec España (compradora) al Banco Natwest. Sihec España, el 18 de febrero de 1988, es decir, dos días antes de cumplirse el plazo de pagar el precio de la compraventa se enteró de que se le ha embargado la finca que compró en un procedimiento de apremio seguido contra «Daylong Island Española, S.A.», como consecuencia de diversos conceptos que correspondían a la finca mayor de la que se segregó la suerte comprada por Sihec España como finca independiente. Sihec España hizo frente a las deudas por las que se trabó el embargo y tras satisfacerlas planteó juicio declarativo en reclamación a Daylong Island y a Natwest.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia desconoce los efectos novatorios y de subrogación que produce el contrato de cesión de crédito en el que sustituido el cedente «Daylong Island Española, S.A.», por el cesionario Natwest, el deudor cedido (Sihec España), en ningún caso puede empeorar la posición frente al cesionario. Además, la Audiencia no califica el contrato como de «cesión de contrato» sino que razona que sólo si lo convenido hubiera sido esta cesión, Natwest quedaría frente a Sihec tan obligada como Daylong a cumplir las obligaciones del vendedor. Y porque no es cesión de contrato, sino simple cesión de crédito, no adquiere el cesionario aquellas obligaciones. En la cesión de crédito, el cedente transmite la titularidad del crédito conservando el deudor —Sihec España— las excepciones personales derivadas de su relación con el cedente —Daylong Island—, siempre que no haya consentido la cesión, pero en el caso de autos la consintió y por ello quedaron extinguidas, y quedó claro que Natwest no fue deudora de la suma que se le reclamaba. Paralelamente a esto, decir que la garantía real que establecen las leyes tributarias pesa sobre la finca, pero no sobre el crédito que surge de haber garantizado el pago del precio, y en todo caso, la finca no era la matriz sino la muy inferior en extensión. La razón de pedir de Sihec España es el perjuicio que alega se le ha producido y que se fundamenta en el hecho del pago de obligaciones que correspondían a Daylong Island, no en la existencia de la deuda. La acción ejercitada deriva de sostener frente al cesionario recurrido la misma excepción al pago total del precio de la compraventa, que de no mediar la cesión del crédito hubiese hecho frente al vendedor. Por la mediación del aval, tal excepción no pudo mantenerse y fue transformada en reclamación al cesionario. Es decir, que como tuvo que hacer el pago del precio al avalista sin poder discutir con el vendedor, cedente del crédito, que el pago ya se había efectuado, debe poder reclamarle aquí la cantidad satisfecha por conceptos sólo exigibles a la vendedora. No surge la condena al cesionario de un crédito efectuado con intervención del deudor y que es absolutamente independiente del contrato de compraventa que lo originó.

PÓLIZA DE PRÉSTAMO. PÓLIZA DE CRÉDITO. (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos, en sentencia de 15 de octubre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos

(Sección 3.^a) en sentencia de 25 de mayo de 1994 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—«Lico Leasing, S.A.», formula demanda de tercería de mejor derecho con apoyo en cuatro pólizas documentadoras de otros tantos contratos de arrendamiento financiero, intervenidas por corredor de comercio y suscritas entre la actora como arrendadora y «Taquima, S.A.», como arrendataria. Dichas pólizas fueron suscritas con fecha 30 de septiembre, 17 y 30 de octubre de 1988 —dos de ellas—, el «Banco Popular Español, S.A.», codemandado, funda su derecho en una póliza de crédito intervenida por corredor de comercio, de fecha 19 de junio de 1990, suscrita entre la entidad bancaria «Taquima, S.A.», y avalada por las mismas personas que avalaron las pólizas de arrendamiento financiero.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala no alcanza a comprender qué relación es la que existe entre los artículos 1.924.3 y el 1.251, ambos del Código Civil, y ello dado el contenido de cada uno de ellos.

Es doctrina de la Sala la que mantiene que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aún cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura, y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial. Asimismo, es decir, respecto al apartado A) del artículo 1.924.3 indicado, las escrituras públicas de que hablan deben equipararse a las pólizas intervenidas por corredor de comercio o agente de cambio y bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1.218 del Código Civil, 93 del Código de Comercio y 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, la preferencia a que se refiere dicho apartado es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no concurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor, y estas consideraciones se encuentran en línea con la doctrina consolidada de la Sala. Además, como tiene declarada la jurisprudencia de la Sala, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en escrituras, pólizas y sentencias y, concretamente, si es mejor o peor su rango frente a otros créditos de la misma naturaleza, vendrá fijado en relación a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tenga reflejo, sin deber intervenir en la naturaleza jurídica del crédito, cuya preferencia se discute. Es cierto que no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario, pero no es obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener para determinar la preferencia de créditos con

ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito. Lo determinante en la doctrina jurisprudencial no es la naturaleza o calificación jurídica del contrato sino la circunstancia de que en el préstamo, la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de suscripción de la póliza intervenida por corredor de comercio, y ello aunque se hallan establecido plazos de amortización parcial, en tanto que en las pólizas de crédito, tratándose de una obligación condicionada a la efectiva utilización del crédito y cuyo pago se produce en razón al saldo negativo que arroje la dinámica dispositiva de la cuenta, lo que exige la necesaria liquidación para su fijación contable, en cuyo momento el crédito resulta exigible y opera la fecha de determinación del saldo resultante y la decisiva a efectos de oponer su preferencia a otro título.

En el arrendamiento financiero, la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma de la póliza, aunque se establecen cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos, habiendo de estar a las fechas de las pólizas de arrendamiento financiero en que se apoya la demanda de tercería, no sólo a la fecha de liquidación de la póliza de crédito de la que nace el derecho del Banco sino a la fecha de la propia póliza de crédito.

I. M. G.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

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

EL AYUNTAMIENTO, COMO ORGANIZADOR DE UNA FIESTA TRADICIONAL, ES RESPONSABLE DE LA MUERTE DE UNA PERSONA, OCURRIDA DURANTE DICHA FIESTA. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

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

El Ayuntamiento de una localidad organiza cada año, por las fiestas de San Juan, la suelta de un toro por las calles del casco antiguo, festejo que cuenta con una gran tradición. Como el atractivo de la fiesta consiste en encontrarse con el toro, el Ayuntamiento firmó una póliza con una compañía aseguradora para caso de muerte de alguno de los participantes en la fiesta. Un año, el toro coge a un hombre, causándole la muerte. La madre del fallecido demanda al Ayuntamiento y a la aseguradora. La demanda se desestima en primera instancia y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. El Ayuntamiento recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que ha de prevalecer el razonamiento de la sentencia recurrida, según la cual se trata de una fiesta organizada por el propio Ayuntamiento, que cuenta con una gran tradición, y que la firma de la póliza de seguros se debió a que el riesgo de muerte de alguna persona

era previsible. Por tanto, quien asume el riesgo no es el participante, sino el propio Ayuntamiento organizador del festejo, que es quien crea el riesgo, obtiene el beneficio y quien debe apear con las contingencias, y a quien corresponde tomar las medidas de precaución impuestas por las mismas Ordenanzas Municipales, extremando su actuación diligente; esta responsabilidad también se deduce de las pólizas suscritas, en las cuales se previene cubriendo las eventuales responsabilidades.

LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA QUE FIJA RESPONSABILIDADES CIVILES ES VINCULANTE Y PRODUCE EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El 18 de mayo de 1989, un operario murió al desplomarse encima una nave en la que trabajaba por defectos en el apuntalamiento que soportaba el encofrado del forjado. Su viuda e hijos entablaron causa penal en la que fue condenado por sentencia firme de 25 de febrero de 1993, el contratista-constructor, fijándose en esta misma sentencia las indemnizaciones a sus mencionados parientes. Posteriormente, éstos demandaron civilmente al condenado y a otras personas exigiendo otra indemnización en concepto de responsabilidad civil. La demanda fue desestimada en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Los demandantes recurrieron en casación.

El TS desestima el recurso, puntualizando que una sentencia penal *absolutoria* sólo vincula al juez civil en cuanto a que se declara que no ha habido hecho que dé lugar a la acción civil, sin perjuicio de que ésta pueda entablarse, pues la inexistencia de una conducta punible no excluye necesariamente la realidad de un ilícito civil, siempre que resulte demostrado. Pero si la sentencia penal es *condenatoria*, la jurisprudencia del TS declara que, no habiéndose hecho reserva expresa de las acciones civiles, como ocurre en este caso, y habiendo sido parte los recurrentes en el proceso penal, ejerciendo la acción particular, la sentencia firme es definitiva y vinculante para el orden jurisdiccional civil, en cuanto a los hechos probados y en cuanto a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta, en virtud del principio *non bis in idem*, produciéndose los efectos de cosa juzgada. Por la misma razón, no puede dirigirse la acción civil contra otras personas o entidades contra quienes no se dirigió la acción penal.

EL SEGURO OBLIGATORIO INDICA UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA QUE QUEDA EXCLUIDA POR LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

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

Durante las fiestas de una localidad, se realizó una suelta de vaquillas, situándose un hombre que se hallaba en estado de embriaguez en un lugar no permitido —lo que se había hecho saber al público en general—, por lo que sufrió una cogida. El perjudicado demandó al Ayuntamiento y a la Compañía con la que éste había celebrado un contrato de seguro obligatorio para tales contingencias. La demanda se desestimó en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El demandante recurrió en casación.

El TS desestima el recurso al aclarar el concepto de responsabilidad que establece el artículo 1902 del Código Civil: se trata de una responsabilidad subjetiva, y, a pesar de la creciente tendencia a la objetivación que ha venido haciendo la jurisprudencia, continúa siendo así, de forma que hay que seguir teniendo en cuenta la conducta del perjudicado, de modo que cuando ésta sea principalmente la causa del resultado, excluye la responsabilidad objetiva de otro basada en la existencia de un seguro obligatorio, que además se refiere a encierros taurinos, no a sueltas de vaquillas.

NO PROCEDE INDEMNIZACIÓN EX ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL, POR LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

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

Un grupo de albañiles estaba trabajando en una obra en el interior de una nave, siendo uno de ellos un trabajador autónomo contratado para arreglar el tejado, formado por planchas de uralita revestidas con material aislante de escasa consistencia. Dicho trabajador, sin dar aviso previo a nadie, ni ocurrir esto en presencia de la persona que le contrató, subió al tejado, que se vino abajo, muriendo el operario a consecuencia de la caída. Su viuda demandó a la persona que contrató a su marido y la Entidad propietaria de la nave, y en primera instancia se estimó la demanda sólo respecto del primero; después, la Audiencia Provincial revocó la sentencia, absolviendo al demandado. La viuda recurrió en casación.

El TS desestimó el recurso al apreciar la influencia de la conducta del demandado en el daño producido, porque se trata de ver si hay responsabilidad objetiva, alegada por la recurrente, de acuerdo con el artículo 1907 del Código Civil. Si se trata de dilucidar el elemento de responsabilidad con base a la culpabilidad o no de la parte demandada en la producción del accidente, también ha de calibrarse la conducta de la propia víctima. El Tribunal *a quo* declaró probado que el demandado no estuvo presente cuando la víctima subió al tejado, pues éste no le dijo que iba a hacerlo; además, la víctima sabía la escasa consistencia del tejado —para repararlo le contrataron— y que éste no estaba en estado inminente de ruina, por lo que su conducta fue la única causa de su muerte.

SE DECLARA LA RESPONSABILIDAD MEDICA AL CONCURRIR INDUDABLE NEGLIGENCIA PROFESIONAL. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Luis Albácar López.

En septiembre de 1988, tres médicos de un hospital dependiente del Servicio Andaluz de Salud atendieron a una paciente que había sufrido un accidente doméstico, y consecuencia de tal intervención médica fue que la paciente sufrió atrofia muscular de la mano derecha, rigidez de todos los dedos de dicha mano y desmineralización ósea. La perjudicada demandó a los médicos y al Servicio Andaluz de Salud. En primera instancia se desestimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia, rebajando la cantidad exigida como indemnización. Los demandados recurrieron en casación.

El TS desestimó el recurso, pues al declarar probada una conducta negligente de los médicos como causa directa del daño sufrido por la paciente, se aplica el artículo 1.902 del Código Civil, siendo lógica la responsabilidad solidaria de los mismos, por no constar la proporción en que la conducta médica de cada uno de ellos ha producido el daño.

LA CONDUCTA NEGLIGENTE DE UN OPERARIO, CAUSANTE DE SU MUERTE, DETERMINA LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR CULPA IN ELIGENDO Y CULPA IN VIGILANDO, PERO HA DE VALORARSE DICHA NEGLIGENCIA A LA HORA DE FIJAR LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Un operario que trabajaba para una empresa —que a su vez trabajaba para otra— intervino en la realización de una conducción eléctrica, en la que fue necesaria la revisión de la instalación, subiéndose aquél a un poste, y a consecuencia de una descarga eléctrica cayó al suelo falleciendo. Su viuda, por sí misma y en representación de sus hijos, demandó a las dos empresas el pago de una indemnización de ocho millones de pesetas. La demanda fue estimada parcialmente, rebajando la indemnización a tres millones y condenando a una sola empresa, y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia, fijando la indemnización en cinco millones y condenando a la empresa absuelta en primera instancia, mientras que la condenada en primera instancia queda absuelta. La empresa condenada en segunda instancia recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que un codemandado no puede pretender la condena del otro —el que fue absuelto en apelación— por no ser partes contendientes. Por otra parte, la sentencia recurrida declaró probado que los operarios de la Entidad recurrente trabajaban sin medios de protección, y esa fue la causa de la muerte de la víctima, y su vínculo con la empresa permite aplicar a ésta, por culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*, lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903, pero valorando también la negligencia del operario a la hora de fijar la indemnización.

LA NO DETERMINACIÓN DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCIÓN Y EL PRETENDIDO DAÑO IMPIDE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1998.)

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

En septiembre de 1987, dos médicos del Servicio Vasco de Salud diagnosticaron a un paciente, con un historial de drogodependencia desde 1981, que era portador de anticuerpos del Síndrome de Inmunodeficiencia VIH, y en 1990 se demostró que el análisis médico era erróneo. El paciente demandó a los médicos y al Servicio, alegando que aquel diagnóstico le produjo un *terrible daño psíquico* (sic), a consecuencia del cual sufrió daños físicos y morales, habiendo estado en varios períodos de su vida en tratamiento psiquiátrico permanente, reclamando una indemnización de cincuenta millones de pesetas. La demanda se estimó parcialmente en primera instancia, absolviendo a los médicos y rebajando la indemnización a tres millones; la Audiencia Pro-

vincial revocó la sentencia al absolver a todos los demandados. El demandante recurrió en casación.

El TS desestima el recurso basándose en lo que subraya el Fundamento Jurídico 3.º de la sentencia recurrida, según el cual no se ha acreditado la realidad de un resultado dañoso originado por el diagnóstico erróneo, pues el pretendido perjuicio que fue originado tras el informe de 1987, en que se comunicaba al actor ser portador de anticuerpos de SIDA, para comprobarse su error en 1990, no es tal, ya que el actor ya había sido desmentido con fecha de julio de 1988 por otros dos médicos, y además sufría los estragos de su situación de drogodependencia desde 1981, así como otras afecciones psiquiátricas que le llevaron a sufrir sucesivos ingresos en diversos centros. Además la determinación del *terrible daño psíquico* es de muy difícil demostración, por no poder apreciarse por circunstancias externas, ni acreditarse la relación de causalidad con el diagnóstico, dado el historial del paciente.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A TERCEROS SE EXTIENDE A PERSONAS ASALARIADAS DEL ASEGURADO CUANDO LOS EFECTOS DE LA PÓLIZA SE EXTIENDEN CON COBERTURA A LA EMPRESA SUBCONTRATISTA PARA LA QUE ESTOS TRABAJABAN. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Una empresa tiene contratado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, cuyos efectos se extienden con cobertura a contratistas y subcontratistas. En esta situación, dos trabajadores de una empresa subcontratista de la asegurada fallecieron debido a la ruptura de la pasarela flotante sobre un río, en la que trabajaban como *ferrallistas*. Las familias de las víctimas demandaron a las empresas y la compañía aseguradora, exigiendo las correspondientes indemnizaciones. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, rebajándose las indemnizaciones, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia, salvo en cuanto al pronunciamiento de costas. La aseguradora recurrió en casación.

El TS desestima el recurso, aceptando el razonamiento de la sentencia recurrida, puesto que al ser los trabajadores fallecidos asalariados de una empresa subcontratista de la tomadora del seguro, cuyos efectos se extienden con cobertura a los contratistas y subcontratistas, entre ellos la demandada, aquéllos ostentaban la condición de *terceros*, conforme al artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguros.

NO SE INCURRE EN RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO SE HA OBRADO CON DILIGENCIA PARA EVITAR EL DAÑO, Y ESTE SE HA PRODUCIDO POR CULPA DE LA VÍCTIMA, POR DESOBEDECER ESTA LAS INSTRUCCIONES DE SU EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Un trabajador que manejaba una pluma-grúa, propiedad de la empresa para la que trabajaba, falleció cuando la pluma-grúa tocó los cables de una línea eléctrica. Su viuda e hijas demandaron al empresario y a la empresa, y la demanda fue desestimada en primera y segunda instancias, apreciándose

en ambas sentencias que el empresario había dado instrucciones expresas y reiteradas a los conductores de sus vehículos para que en ningún caso colocaran éstos bajo la línea de alta tensión, pues no era necesario para el desempeño del trabajo. Las demandantes recurren en casación.

El TS desestima al recurso al dar como válidos los razonamientos de las sentencias de instancia. Si bien es cierto que la jurisprudencia ha venido observando una tendencia a objetivizar la responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, lo han hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, pero teniendo en cuenta también la conducta del perjudicado, que desoyó las órdenes expresas de su empleador, que actuó con la debida diligencia al darlas. No se aprecia relación de causalidad entre la altura del tendido ni la ausencia del empresario y la producción del daño.

LA CONDICIÓN DE PERJUDICADO POR LA MUERTE DE UN FAMILIAR NO COINCIDE NECESARIAMENTE CON LA DE HEREDERO. LA EXISTENCIA DE PARENTESCO, LA PROPIA MUERTE, LA CONVIVENCIA Y LA EXISTENCIA DE NEXO CAUSAL SON DEMOSTRACIÓN SUFICIENTE DE LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS ECONÓMICOS Y MORALES. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Marina Martínez-Prado.

Un trabajador muere a consecuencia de una electrocución por no haber concurrido las medidas de seguridad necesarias. Los padres del fallecido demandan a la empresa. La demanda es estimada en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La empresa recurre en casación.

El TS desestima el recurso, rechazando en primer lugar los argumentos procesales, pues no es necesario ser heredero del difunto para ejercitar la acción del artículo 1.902 del Código Civil, sino que hace falta ser perjudicado, y no cabe duda que quien ha perdido a un familiar lo es, sobre todo si había convivencia con el fallecido. No corresponde el conocimiento del asunto a la jurisdicción laboral, porque entre el difunto y la recurrente no había vínculo contractual, sino que la víctima trabajaba para otra empresa que a su vez era subcontratista de la recurrente. En segundo lugar, en cuanto a los argumentos de Derecho sustantivo, la propia muerte, la convivencia y el parentesco filial son demostración suficiente de la existencia de perjuicios económicos y morales, y se ha demostrado que el pésimo estado de la instalación eléctrica y la humedad del lugar causó la descarga y la muerte de la víctima.

LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE RECLAMACIÓN CIVIL ES COMPATIBLE CON LA SATISFECHA POR ACCIDENTE DE TRABAJO. LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS DA LUGAR A QUE SE REBAJE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

Un trabajador muere por aplastamiento del cráneo cuando realizaba su jornada laboral en las instalaciones de la empresa, al ser atrapado por el carro de transporte de una máquina acolchadora, que, en su movimiento de vaivén dejaba una abertura —que sería protegida después del accidente—, y atrapó

así la cabeza de aquél. La madre del fallecido demanda a la empresa, reclamando una indemnización de veinticuatro millones de pesetas. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, fijando la indemnización en dos millones, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS estima el motivo referente a la compatibilidad de la reclamación en materia civil con la laboral, ya que la reglamentación especial no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sino que explícitamente sigue reconociendo su vigencia al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan ejercitarse otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil. En cambio, desestima el motivo referente a la fijación de la cuantía de la indemnización, que mantiene, en virtud de la doctrina de la equivalencia de resultados —la negligencia del trabajador muerto y la de la empresa al no proteger la abertura hasta después del accidente—, declarando tal cuantía ajustada a derecho.

El Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez emite un voto particular en el que sostiene que la responsabilidad por muerte en accidente de trabajo por inobservancia por parte de la empresa de las debidas medidas de seguridad, es una infracción del *deber de protección* expresamente previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en otras normas laborales complementarias, y por derivarse tal infracción de una relación jurídica de trabajo es competente la jurisdicción laboral.

J. M. C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Caída de una persona en una arqueta, rota y carente de señalización, de un arcén por el que debían transitar los peatones, caída que ocasiona lesiones graves con secuelas permanentes.

Doctrina de la Sentencia.—Dadas las fechas en las que ocurrieron los hechos y se entabló la demanda, debe aplicarse el sistema dual de jurisdicciones implantado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, que autoriza la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual de la Administración, y no la nueva regulación de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, desarrollada por Real Decreto de 26 de marzo de 1993, y de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de julio de 1998, que atribuyen al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para resolver los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Aún admitiéndose la dualidad competencial para las fechas en las que ocurrieron los hechos, debe prevalecer el orden jurisdiccional civil, entre otras razones para proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones», evitando la indefensión, las dilaciones, y por razones de economía procesal y de no restricción de la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos.

Nos recuerda, finalmente, la sentencia que el daño pudo haberse evitado con el empleo de una mayor diligencia, pues era previsible y evitable; que la

culpa extracontractual consiste, no ya en la omisión de reglas inexcusables, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto; que se está evolucionando hacia soluciones cuasi-objetivas, y que no se demuestra que se ha procedido con la diligencia debida con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, cumplimiento que en este supuesto ni siquiera se ha acreditado; y que la responsabilidad de la Consellería por negligencia de sus dependientes es de carácter directo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil.

Comentario.—Aunque tradicionalmente la determinación de la jurisdicción competente ha planteado bastantes problemas, en términos generales se ha defendido la competencia de la jurisdicción civil cuando, aunque el demandado sea una entidad pública, su actuación en el caso debatido haya tenido lugar como entidad privada, o cuando el daño se haya producido más bien «con ocasión del servicio» que había de proporcionar, pero sin incidencia de sus facultades soberanas, sin tratarse del ejercicio de potestades administrativas típicas, investidas de *imperium*, sino entrando en juego la culpa extracontractual.

Este criterio no supone ninguna novedad, pues ya ha aparecido en reiteradas ocasiones, como en las sentencias de 5 de mayo de 1988, 21 de septiembre del mismo año, 7 de abril de 1989, 30 de enero de 1990, y más recientemente en la de 26 de mayo de 1997.

Otra cosa será cuando los hechos hayan tenido lugar una vez en vigor la nueva regulación antes citada, pues, de acuerdo con el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive; si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Con este precepto, como vemos, se establece la unidad jurisdiccional.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA AL TRATARSE DE UN ACCIDENTE OCURRIDO EN UNA OBRA PUBLICA. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Un camionero aparca en el arcén de una autovía, abierta al tráfico por la Administración a pesar de no haber tenido lugar la recepción de la obra, e intenta atravesarla para alcanzar la parte contraria a la marcha que llevaba.

Doctrina de la Sentencia.—El desgraciado accidente se produjo sólo y exclusivamente en el marco de la ejecución de una obra pública, no siendo el contratista una persona ajena al actuar administrativo, en cuyo caso la jurisdicción civil sería la competente, como esta Sala reiteradísimamente ha establecido cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a un tercero; por ello se declara que la competencia para conocer del litigio es de la jurisdicción contencioso-administrativa.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL INSALUD: LA CASACIÓN NO ES UNA TERCERA INSTANCIA, EN LA QUE SE PUEDA ATACAR LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS CON LA SIMPLE ALEGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Incorrecta atención por parte de un hospital a un bebé de tres meses aquejado de una bronquiolitis, no aplicándole el tratamiento adecuado, prescrito por el médico del ambulatorio, hasta después de producirse una parada respiratoria, como consecuencia de la cual sufre una insuficiencia irreversible orgánica y funcional del 91 por 100.

Doctrina de la Sentencia.—Se puede discutir en casación la existencia de culpa, o del nexo causal, como cuestiones jurídicas, pero sólo respetando las pruebas, o consiguiendo previamente su desvirtuación. La valoración de las pruebas periciales corresponde al Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, y en este supuesto no existe ninguna valoración ilógica o absurda realizada por los Tribunales de instancia, lo que obliga a la prevalencia de su criterio, sin que la simple alegación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil permita un nuevo análisis de los hechos. No es por ello preciso un mayor análisis de la sentencia recurrida.

Comentario.—Es doctrina muy reiterada del Tribunal Supremo (véanse las sentencias de 16 de febrero y 15 de julio de 1988, 27 de enero y 26 de mayo de 1989, entre otras) el que la valoración de las pruebas practicadas no puede ser revisada en casación si dichas pruebas no han sido desvirtuadas en forma adecuada, si no se demuestra que el juzgador de instancia ha procedido en tal valoración de manera ilógica, porque la casación no es una tercera instancia, sino un remedio procesal para determinar si, establecidos como probados unos determinados hechos, es correcta o no la apreciación jurídica basada en los mismos; por ello esta sentencia no supone ningún criterio novedoso respecto de dicha doctrina.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Un trabajador resbala en el suelo que acababa de limpiar con agua, y por no estar totalmente cerrada la tapa de la máquina en la que trabajaba mete el brazo en ella, lo que le ocasiona lesiones graves, y finalmente el permanecer la mano derecha inutilizada, y una incapacidad total para el ejercicio de su profesión habitual.

Doctrina de la Sentencia.—La defectuosa redacción de la sentencia de apelación impugnada es materia propia y exclusiva de una aclaración de sentencia, pero, en todo caso, de su redacción literal la cantidad a abonar como indemnización resulta clara, lo que es confirmado además por la conducta del lesionado.

Por lo demás, la existencia de negligencia por parte de la entidad demandada, que no dotó a la máquina de un sistema de seguridad del que debía haber estado provista desde su inicial funcionamiento, sin perjuicio de estar

homologada por el organismo oficial correspondiente, no excluye que el trabajador lesionado también incurriera en negligencia, por conocer perfectamente el funcionamiento de la máquina, con la que llevaba trabajando cinco años, y no adoptar todas las medidas de precaución necesarias. Por ello, tanto la sentencia recurrida como la de primer grado aprecian la existencia de una concurrencia de culpas, que hace que deba moderarse la indemnización.

Comentario.—Se denomina «concurrencia de culpas» a la situación de concurrencia de dos conductas culposas, del agente y del perjudicado, que son causa a la vez del mismo daño, existiendo por tanto nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido. Esta situación da lugar a la institución tradicionalmente conocida como «compensación de culpas», y su efecto fundamental es que ambos causantes deben soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción. Esto se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima, aplicándose así el artículo 1.103 del Código Civil, utilizado en casi todas las sentencias sobre responsabilidad extracontractual, aunque no sea citado en muchas de ellas.

La admisión de esta figura desde hace muchos años (véanse las sentencias de 20 de mayo de 1986, 20 de febrero de 1987, 2 de marzo y 28 de octubre de 1988, 22 de junio y 24 de noviembre de 1989, 28 de febrero y 1 de diciembre de 1994, 15 de febrero de 1995, y 11 de junio, 5 de noviembre y 31 de diciembre de 1997), hace que no sea especialmente interesante explicar de nuevo su aplicación.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NO PROBÁNDOSE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO SOLO CABE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, YA PRESCRITA; LA CASACIÓN NO ES UNA TERCERA INSTANCIA EN LA QUE SE PUEDA ATACAR LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS SIN DESVIRTUAR ESTAS; LA NOVACIÓN NO SE PRESUME. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Después de un corte de energía eléctrica se produce una subida de tensión, como consecuencia de la cual tiene lugar un cortocircuito en los cables eléctricos de una tienda arrendada, cortocircuito que ocasiona un incendio de enormes proporciones, que produjo desperfectos tanto en el edificio como en el mobiliario y mercancías en él existentes. La demanda la plantea el arrendatario.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación no es una tercera instancia en la que pueda revisarse la valoración de las pruebas, si éstas no han sido desvirtuadas.

De esta forma, afirmando la Audiencia que no existe contrato probado de arrendamiento al tiempo del siniestro, el «arrendatario» perjudicado sólo podrá exigir responsabilidad extracontractual por los daños sufridos, y la acción para exigir dicha responsabilidad está claramente prescrita.

Finalmente, nos recuerda la sentencia que la novación nunca se presume, ni se puede inferir de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar inequívocamente la voluntad de novar.

Comentario.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual existen muchas similitudes, derivadas de la finalidad común de ambas, que es la de reparar un daño. De hecho, hay muchos supuestos en los que concurren las dos, pudiendo el perjudicado elegir en los mismos entre la aplicación de las normas de una u otra. En todo caso, para que opere la responsabilidad contractual es necesario que el daño haya ocurrido dentro de la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido contractual, mientras que si la negligencia es extraña a la materia propia del contrato se aplicarán las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, hay entre otras una diferencia básica entre ellas, y es la del plazo de prescripción de la acción para exigir las, quince años en el caso de la responsabilidad contractual, uno en el de la extracontractual. Esta diferencia se constituye en decisiva para la solución del supuesto planteado. En el mismo, dado que no se acredita, a juicio de la Audiencia, la existencia de un contrato de arrendamiento previo a la fecha del siniestro, y dado que, como acabamos de afirmar en el comentario a una sentencia anterior, es doctrina muy reiterada del Tribunal Supremo el que la valoración de las pruebas practicadas no puede ser revisada en casación si no han sido desvirtuadas en forma adecuada, el régimen aplicable será el de la responsabilidad extracontractual y su corto plazo de prescripción.

Tampoco esta sentencia supone un criterio novedoso en este punto.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: HAY QUE PROBAR EL LUCRO CESANTE. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Un trabajador, manejando una máquina retroexcavadora para realizar unos trabajos por cuenta de una estación de servicio, rompe, a una profundidad de unos 90 cm., un cable coaxial de Telefónica, cuya existencia estaba indicada a pocos metros.

Doctrina de la Sentencia.—El lucro cesante trata de obtener la reparación de la pérdida de las ganancias dejadas de obtener; es por tanto un concepto distinto de los daños materiales. En este segundo supuesto se han de indemnizar todos los quebrantos patrimoniales sufridos por el perjudicado; en el primero sólo cabe incluir los beneficios ciertos, concretos y acreditados que se debían haber percibido y no ha sido así, pero no los hipotéticos o imaginarios beneficios o sueños de fortuna.

De todas formas, con independencia del criterio restrictivo de la jurisprudencia para apreciar el lucro cesante, en cualquier caso se ha de probar su existencia, y el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir. Esto no ocurre en el caso que se resuelve, pues las bases fácticas de la sentencia recurrida carecen del fundamento mínimo para estimar la realidad de un lucro cesante, siendo inaceptable además que tal cosa se pretenda paliar aplicando la facultad moderadora del artículo 1.103 del Código Civil, pues éste no está previsto para corregir problemas de prueba, sino para graduar la indemnización en caso de culpa del perjudicado.

Por otra parte, la estación de servicio debe ser considerada responsable, no en virtud del artículo 1.903 del Código Civil, que establece la responsabilidad por los actos de los dependientes, ya que no existe en el supuesto planteado subordinación directa del trabajador a la empresa, pero sí en virtud del ar-

título 1.902 del mismo Código, por señalar el lugar en el que había que profundizar para colocar el poste sin cerciorarse de que la conducción telefónica no pasaba por debajo.

Comentario.—Dadas las similitudes existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, nada hay de extraordinario en considerar aplicable el artículo 1.106 del Código Civil, previsto para la primera, y que obliga a indemnizar no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante a la segunda, y así lo ha reiterado el Tribunal Supremo, si bien insistiendo siempre en la necesidad de probar rigurosamente la existencia de dichas ganancias dejadas de percibir, sin que éstas sean dudosas y únicamente fundadas en la esperanza, derivadas de supuestos meramente posibles y desprovistos de certidumbre; también insiste en la necesidad de probar igualmente el nexo causal entre el acto ilícito y dicho lucro cesante (véanse las sentencias de 22 de junio de 1967, 4 de abril de 1979, 31 de mayo de 1983, ó 16 de octubre de 1989, entre otras muchas).

No resulta novedosa, por tanto, la sentencia que exponemos, y en la que se deniega la indemnización de dicho lucro por entender que no ha sido acreditada su existencia suficientemente.

Por otra parte, la prueba de la existencia del lucro cesante debe hacerse, lógicamente, mediante cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva a la vista del curso normal de los acontecimientos. Por ello hay muchas ocasiones en las que, apreciándose su probable existencia, la dificultad de determinar su cuantía lleva a que deba atenuarse el rigor en la apreciación de la prueba, fijando una cantidad a la vista de las circunstancias del caso y en aplicación de la equidad, como criterio que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las normas a la vista del artículo 3.2 del Código Civil.

Por ello, entendemos que la referencia concreta de la Audiencia al artículo 1.103 del Código, criticada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, quizá no sea muy correcta, pero que la cuestión de fondo sí lo es, pues las circunstancias de cada supuesto son las que deben marcar la cuantía de la indemnización. Posiblemente el camino más adecuado para obtener dicho resultado es la aplicación de la equidad, y no de la facultad moderadora de la indemnización de los Tribunales, pero tampoco tenemos muy claro porqué dicha facultad, que sirve para graduar la reparación en caso de concurrencia de culpas, no puede servir también para graduarla en caso de concurrencia de lucro cesante, siempre desde luego que pueda apreciarse la existencia de éste, cosa que no ocurre en el supuesto resuelto por esta sentencia.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA POR HABER RECAÍDO SENTENCIA PENAL CONDENATORIA QUE SE PRONUNCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1998.)

Hechos.—Accidente automovilístico en el que fallece el propietario del coche asegurado. En el juicio de faltas correspondiente, el Juzgado de Distrito se pronuncia sobre la responsabilidad penal, condenando al conductor del vehículo, que no era el propietario del mismo, y además declara la responsabilidad civil directa de la Compañía de Seguros. Esta Compañía abona a los

herederos del fallecido las cantidades correspondientes, y luego interpone una demanda civil exigiendo la devolución de dichas cantidades.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia penal condenatoria, como era su deber, se pronuncia también sobre la acción civil derivada del hecho punible, por no haberse reservado la parte perjudicada dicha acción para ejercitarla después en el juicio correspondiente, ni haber renunciado a la misma.

Dicha sentencia penal firme impide que pueda volver a promoverse un juicio civil posterior sobre los mismos hechos (*non bis in idem*), al producir la excepción de cosa juzgada, y sin que puedan los Tribunales civiles revisar los razonamientos que le sirven de fundamento, ni su acierto. Y ello porque existe identidad de personas entre las que fueron parte en el proceso penal y las que lo son ahora en el procedimiento civil, e identidad de causa de pedir.

Comentario.—Partiendo de la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, a la vista de los artículos 2 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 112 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se plantea el problema de la eficacia que estas resoluciones deben tener en el ámbito civil.

En este punto, la jurisprudencia en reiteradísimas ocasiones ha señalado que, para que se produzca el efecto de cosa juzgada es necesario que la sentencia penal sea condenatoria e incluya pronunciamiento sobre los daños civiles; de manera que si es absolutoria, con la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, o si las partes se han reservado de manera expresa las acciones civiles en el proceso penal, e incluso cuando éste se extinga por cualquier otra causa que no sea la sentencia, no vincula a los Tribunales de la jurisdicción civil, ni prejuzga la valoración que éstos puedan hacer de los hechos (véanse las sentencias de 31 de mayo de 1972, 27 de octubre de 1976, 22 de noviembre de 1979, 15 de junio de 1981, 26 de octubre de 1985, 17 de mayo de 1988, ó 9 de junio de 1989, entre otras muchas).

Por todo ello, la sentencia que comentamos se inscribe en una línea jurisprudencial muy anterior y no supone ninguna novedad respecto de la misma.

Sólo nos queda recordar que tampoco entrará en juego la excepción de cosa juzgada cuando en el proceso civil existan más perjudicados que en el proceso penal, o más demandados, lo que suele plantearse cuando el condenado es insolvente, o cuando se reclame más cantidad por haberse producido nuevos daños.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INEXISTENCIA POR CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Caída de un anciano al no aperebirse de un escalón. Se demanda a la comunidad de la urbanización, propietaria del terreno, y a su Compañía aseguradora.

Doctrina de la Sentencia.—Valorando toda la prueba practicada en el proceso, se considera probado que en la producción de la caída no intervino ningún género de culpa o negligencia por parte de la urbanización, sino que la expresada caída integra un acontecimiento casual y fortuito, al no darse cuenta el anciano de la existencia del escalón, de muy escasa altura, bien

conservado y plenamente visible. Caracterizado el caso fortuito como el acaecimiento de un suceso imprevisible e inevitable, dichas circunstancias concurren en el accidente objeto de este litigio.

Por otra parte, la existencia de un escalón de este tipo, que separa dos terrazas de un jardín, no crea riesgo alguno para la persona que, en condiciones normales, haya de bajarlo.

Comentario.—Es un principio básico de nuestro Ordenamiento que cesará la obligación de responder, por mandato del artículo 1.105 del Código Civil, cuando entre en juego el caso fortuito, entendiéndose por tal todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable, con lo que en la producción del daño no interviene como factor apreciable el dolo o culpa del agente.

Es cierto que la jurisprudencia, en la práctica, se dirige decididamente hacia la responsabilidad objetiva, o por riesgo, a través de la presunción de culpa en el agente, y de la elevación del nivel de diligencia exigido para destruir la referida presunción de culpa, pero no llega a excluir el principio clásico de responsabilidad por culpa, y no constituye el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir. Por tanto, si se encuentra plenamente acreditado que en la producción del hecho dañoso, por lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa del demandado, debe excluirse la responsabilidad de éste.

Por otra parte, la existencia de un escalón, perfectamente conservado y visible, no parece implicar una situación o actividad peligrosa que deba justificar la aplicación de la teoría del riesgo.

Es tan numerosa la jurisprudencia que reitera que la previsibilidad y la evitabilidad del daño son esenciales para generar culpa extracontractual (véanse las sentencias de 4 de junio de 1902, 23 de marzo de 1926, 8 de junio de 1984, ó 16 de febrero de 1988, entre otras muchas), que no resulta necesario realizar más comentario de la sentencia que estudiamos.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESPECTO A LOS RESPONSABLES SOLIDARIOS. (SENTENCIA 3 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Melilla, dictó sentencia el 8 de octubre de 1993, estimando parcialmente la demanda interpuesta en relación con los demandados don A.M.C. y su compañía de seguros, y absolvió al resto de los codemandados sin entrar en el fondo del asunto de los pedimentos que se contenían en la misma. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección cuarta), el 18 de abril de 1994, falló desestimando el recurso interpuesto por la demandante, revocando en parte la sentencia dictada en primera instancia en cuanto a las costas procesales.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía, por una empresa de gas y electricidad por los daños producidos como consecuencia de la rotura de una cable de la red eléctrica el 22 de julio de 1991, la red

era propiedad de la citada empresa. El daño se produjo cuando una empresa de instalaciones de comunicación tenía que reparar un colector, que a su vez había resultado dañado con anterioridad al colocar el tendido eléctrico. Para proceder a la reparación, la empresa de instalaciones contrató con otra, la cual carecía de maquinaria para hacer las excavaciones, por lo que la apertura de la zanja se la encargó a una empresa de excavaciones y transportes. La demanda va dirigida contra todos ellos, es decir, la empresa de comunicación, la empresa contratista y contra la empresa de excavaciones y el empleado que manipulaba la máquina cuando se hizo la zanja. Se alegó por alguno de los codemandados prescripción de la acción.

Es necesario aclarar que en el contrato entre la empresa de instalaciones y el contratista se pactaron, entre otras cosas, que la empresa de instalaciones localizaría los trabajos a realizar o en su caso proyecto, y en todo caso se reserva un derecho de vigilancia. Y por parte del contratista hay que decir que estuvo presente en el momento de apertura de la zanja, dando instrucciones para ello al operario que manejaba la excavadora.

Asimismo se formula demanda contra otra empresa contratista por la rotura de uno de los conductores en fecha de enero de 1992, condenando a las mismas al pago de los daños.

Se solicita en ambos casos por la entidad demandante en primera instancia una indemnización por daño moral.

Doctrina.—El recurso de casación se apoya en un único motivo al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de los artículos 1.137 y 1.144, en relación con la responsabilidad solidaria; y por infracción de los artículos 1.902 y 1.903 en cuanto a responsabilidad extracontractual: *La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada «solidaridad impropia», por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual (ilícito civil, arts. 1.902 y sigs. del Código Civil) cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce, en materia de prescripción de la acción, en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones solidarias aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1.974 del Código Civil y reitera la jurisprudencia. Al no entenderlo así la sentencia recurrida y examinar y aplicar los diferentes actos interruptores de la prescripción que constan acreditados en autos en relación al concreto demandado al que iban dirigidos tales actos o declaraciones de voluntad del perjudicado, ha infringido los preceptos y doctrina legal que se invoca en el motivo.*

Se alega asimismo en el motivo, la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por lo que a responsabilidad extracontractual se refiere: *De los hechos probados no puede deducirse responsabilidad alguna de la Sociedad..., pues si bien la máquina excavadora era manejada por un empleado suyo, la operación de apertura de la zanja se realizaba según las instrucciones concretas del codemandado d..., presente en el lugar en el momento de los hechos, sin que quede acreditado que el conductor desoyese las instrucciones al hacer la zanja según las señales marcadas por el contratista; la falta de prueba, por tanto, de una conducta negligente de su empleado impide atribuir a la Sociedad..., responsabilidad alguna en la causación del daño producido, por lo que debe ser absuelta la demanda contra ella dirigida.*

Sin embargo esa negligencia sí puede observarse en el contratista de la obra, y así lo estima la Sala estimando la conducta del mismo: *negligente por no haber adoptado las medidas pertinentes para evitar el daño que se produjo*. Y respecto de la empresa de telecomunicaciones se reservó un derecho de vigilancia mediante el nombramiento de un supervisor técnico de la ejecución de las obras, de acuerdo con las previsiones del contrato, derecho que en este caso no ejercitó, y que hace nacer su responsabilidad por culpa *in vigilando*.

Comentario.—Se ha optado por considerar que existe una responsabilidad colectiva entre el contratista y la empresa de telecomunicación, sin embargo no ha quedado claro este punto en relación con el contratista, ya que aunque la zanja se hizo bajo sus instrucciones (por lo que la empresa de excavación ha quedado exonerada), él actuó e hizo el marcado de la zanja, según instrucciones de la empresa de telecomunicación, siendo ésta, en todo caso, la que debería haber tomado las precauciones necesarias para que el hecho no hubiese ocurrido.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. OMISIÓN DE LA DILIGENCIA PROFESIONAL EXIGIBLE. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid, en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1992, desestimó íntegramente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección décima), en sentencia 19 de septiembre de 1994, estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia del Tribunal *a quo* y estimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—La demanda tiene por objeto la reclamación de daños y perjuicios, ocasionados a una empresa por la falta de diligencia, según se desprende de los hechos probados, de un notario, quien autorizó el otorgamiento de una escritura de poder, de alguien que suplantó a otra persona exhibiendo un DNI falso.

Doctrina.—En el primer motivo del recurso se alega una errónea interpretación del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 23.c) de la Ley del Notariado, y 187 y 190 de su Reglamento, debiendo desestimarse por el siguiente razonamiento, ya que los datos probados de la sentencia recurrida reflejan que el notario dio fe del conocimiento personal de la persona que comparecía (suplantando a otra y exhibiendo un DNI falso) pese a que sólo la conocía —como declaró más tarde—porque días anteriores fue a la notaría con el referido DNI. Por lo que en este supuesto lo que hay que valorar es qué ha de entenderse por «fe de conocimiento». Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el Notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad en el trato u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, la identidad de ésta. Es decir, entraña un «reconocimiento» de la persona, lo cual exige un previo conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23.c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente,

como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado «de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido con las del compareciente», por lo que el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones.

En cuanto al motivo segundo se denuncia, pero de forma aislada, la infracción del artículo 1.902, queriendo negar el demandado el nexo causal entre su actuación y el daño producido, debiendo desestimarlos también, debido a que fue la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, facilitó la suplantación que, como acto ilícito instrumental determinó la consumación de la acción de despojo final.

El tercer motivo del recurso no es admitido.

En cuanto al cuarto, alega el demandado la doctrina de la concurrencia de culpas, siendo desestimado con el siguiente razonamiento, *la aplicación de la expresada doctrina exige que la víctima o el perjudicado hayan contribuido, con su conducta activa y omisiva, de carácter negligente, a la producción del resultado lesivo...*, calificación que no puede darse en este supuesto.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE FERROVIARIO. OMISIÓN DE MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR PERJUICIOS PREVISIBLES: CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1998.)

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

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Antequera desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción interpuesta por la demandada y estima de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, absolviendo a la entidad demandada. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección cuarta), estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando parcialmente la resolución recurrida.

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

Hechos.—La reclamación tiene por objeto la indemnización por responsabilidad de la muerte de la madre de las actoras. El hecho ocurrió, según se desprende de los autos, al colisionar la fallecida con un tren en un paso a nivel carente de barreras, y como ha quedado suficientemente demostrado, el paso a nivel es peligroso y no hay una buena visibilidad.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación apoyándose en cinco motivos, de los cuales el primero, el segundo y el tercero no son objeto de responsabilidad, alegando en el primero, a través del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, violación del artículo 24 de la Constitución Española y, en el segundo y tercero, aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil. Se desestiman los tres motivos.

En cuanto al cuarto y quinto, alegan infracción del artículo 1.902 del Código Civil, manteniendo el cuarto falta de culpa de la entidad demandada y recurrente en casación, y el quinto culpa exclusiva de la víctima, desestimando ambos motivos en base a los siguientes razonamientos, que es doctrina reiterada de la Sala que *la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y*

lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia puntualizado en el inciso final del artículo 1.104 del Código Civil. Pone de manifiesto también la tendencia que existe en cuanto a la objetivación de la responsabilidad, en los siguientes términos: En supuestos de accidentes ferroviarios, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que sin tener que acudir a la tendencia que, a través de diversos medios, viene siendo cada vez proclive a la objetivación de la responsabilidad extracontractual, sino atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente que, en mayor o menor medida y pese a la expresada tendencia, condiciona todo reproche culpabilístico y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuridicidad, no basta con que se hayan adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengán impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Comentario.—Cada vez es más numerosa la jurisprudencia tendente a una objetivación de la responsabilidad extracontractual, de las más recientes, recoge la propia sentencia las de 25 de marzo de 1996, 3 de abril de 1998, 23 de abril de 1998 y la de 12 de mayo de 1998, entre otras.

Se aprecia que hay por parte de la víctima una determinada actuación que produjo el desenlace, no obstante no fue lo único que provocó el accidente, por lo que sólo se ha tenido en cuenta a la hora de moderar la cuantía de la indemnización.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA. ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL GERENTE DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Paterna, en fecha 5 de marzo de 1993, dicta sentencia estimando la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección séptima), el 6 de junio de 1994, dicta sentencia estimando parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios causados con motivo del fallecimiento del hijo de la demandante, causado el mismo durante la jornada laboral en su puesto de trabajo. El fallecido era menor y le habían asignado un turno de noche. La demanda se interpone contra la empresa, su gerente, el encargado-jefe de fábrica y el jefe de grupo. El juzgado condena al pago de 8.000.000 de pesetas y declara la responsabilidad civil directa del gerente de la empresa y subsidiaria del encargado-jefe de fábrica y el jefe de grupo. La Audiencia revoca en parte la sentencia de instancia y absuelve al gerente de la empresa confirmando el resto de los pronunciamientos. Se interpone por parte de la demandante recurso de casación por considerar que el gerente de la empresa es el máximo responsable de los hechos acaecidos.

Doctrina.—El recurso de casación se formaliza al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, y aunque se fundó en dos motivos, a nosotros nos interesa el primero, por considerar que vulnera los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, y así lo consideró la Sala al establecer que: *La sentencia que se recurre absolvió al señor B., basada en que no se ha demostrado que conociera antes del accidente el contrato laboral del menor, ni el turno de trabajo que se le asignó, pero tales consideraciones ceden ante la lógica evidente derivada de su posición de máximo responsable de la empresa, que le obligaba como mínimo a estar al tanto de la contratación de sus trabajadores.*

Comentario.—El gerente de la empresa es responsable y además por vía doble, es decir, no sólo por su no actuación y negligencia, sino también por la de sus empleados, el encargado-jefe de fábrica y el jefe de grupo, ya que en ningún caso puede probarse de los hechos que éstos emplearan diligencia debida, la que establece el último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil, necesaria para que cese la responsabilidad, y, además incumplieron la normativa protectora del trabajo de los menores.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LESIONES CAUSADAS A UN PEATÓN AL CAER SOBRE ELLA UN ROTULO COLOCADO EN UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL: ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Málaga, dictó sentencia el 25 de febrero de 1993, estimando parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección sexta), el 30 de abril de 1994 dictó sentencia en la que estimó en parte el recurso de apelación, confirmando la sentencia del Juzgado de Instancia, salvo en la cantidad señalada en concepto de indemnización.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

Hechos.—Se interpone demanda por los daños ocasionados a la actora cuando circulaba por la calle, y al pasar por un lugar determinado se desprendió un rótulo luminoso, golpeándola en la cabeza, lo que le ocasionó determinadas lesiones, tardando más de tres meses en recuperarse, no totalmente, ya que le quedaron una serie de secuelas definitivas.

La demanda se interpuso contra la entidad mercantil titular del negocio donde estaba ubicado el rótulo, la empresa constructora que había sido contratada para la ejecución de la obra, la empresa especializada que colocó el rótulo y su representante legal (debido a que había llevado la dirección e inspección de la colocación del mismo), y contra una compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente al pago de 3.670.000 pesetas, a todos los demandados, excepto a la compañía de seguros que fue absuelta. La sentencia fue apelada por todas las partes, pero sólo fue estimado en parte el interpuesto por la representación de la actora, desestimando el resto; la Audiencia fijó la indemnización en 13.170.000 pesetas.

Doctrina.—El recurso de casación fue interpuesto por la entidad mercantil titular del negocio en donde ocurrieron los hechos, al amparo del número 5

del artículo 1.692 de la LEC, al considerar infracción del artículo 1.902 del Código Civil. El Tribunal Supremo considera que existe responsabilidad de la entidad mercantil recurrente, ya que, *la deficiente instalación del rótulo luminoso no es la única que produjo la caída de aquél, puesto que se demuestra una conducta omisiva negligente de la citada entidad que se reflejó en la falta de atención en orden a la adopción de las medidas adecuadas de conservación de la susodicha instalación... La adopción de medidas de conservación en cualquier elemento incorporado a un inmueble y sometido a la influencia de agentes atmosféricos entra de lleno en la natural y lógica obligación de atención y cuidado.* Por lo que el citado Tribunal considera que existe una *conducta negligente, por vía omisiva, imputable a la comercial propietaria del rótulo cuestionado, lo cual presupone un claro reproche culpabilístico y tiene encaje en la figura de la responsabilidad extracontractual prevenida en el artículo 1.902 del Código Civil.*

J. R. J.

RESPONSABILIDAD DE ATS POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL: SE LIMITA A LA PERDIDA DE UNA MERA EXPECTATIVA DE CURACIÓN DEL PACIENTE POR LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE LA OPERACIÓN A QUE FUE SOMETIDO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Recurso de casación número 1496/1994. Audiencia de Barcelona.

El aspecto más digno de reseñar en esta sentencia es el análisis que hace de la posible negligencia en la actuación de la enfermera interviniente. El Tribunal Supremo deduce del relato de hechos probados que «la actuación de la enfermera demandada... no fue todo lo diligente que las circunstancias imponían».

Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura.

Lo que imputa el Tribunal Supremo a la demandada es la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, lo único que se le imputa es la pérdida de unas expectativas.

Resulta extraño que el Alto Tribunal diga que existió una «conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional». Si se analiza esta expresión se encuentra, en primer lugar, la exigencia de una **conducta negligente**, es decir, torpe, falta de cuidados, que no está a la altura de las circunstancias, bien por una falta de diligencia o bien por desconocimiento del saber exigible a una persona que ostenta una determinada cualificación, en este caso la de asistente técnico sanitario.

Como conclusión, puede decirse que la enfermera tenía una doble obligación:

- la de poseer los conocimientos exigibles a un profesional de su ramo, de acuerdo con el estado de la ciencia actual;
- la de actuar con la debida diligencia en función de las circunstancias concretas.

La primera de estas obligaciones, el deber de conocer lo tenía, según su confesión judicial, ya que sabía lo importante que era que el miembro amputado no estuviera conservado más que con hielo natural y nunca sintético.

La segunda obligación no fue cumplida con el celo que requerían las circunstancias, pues, si bien en un primer momento se hizo correctamente poniendo la mano en un recipiente con hielo, posteriormente los compañeros del accidentado cambiaron el miembro amputado a una caja de corcho blanco de las utilizadas para las tartas por considerarla más idónea para la conservación e introdujeron hielo seco o sintético, circunstancia esta última que contribuyó a que el miembro amputado no reuniera las condiciones óptimas exigidas para el reimplante. La enfermera se apercibió del cambio de caja y lo valoró positivamente, entregándola posteriormente al centro hospitalario sin tan siquiera abrirla.

La enfermera procuró los primeros auxilios cortando la hemorragia y dando instrucciones al mismo tiempo sobre cómo había que conservar la mano amputada, es decir, ordenando que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal, lo que así se verificó.

Ante una situación de esta gravedad parece que lo primordial es atajar la hemorragia, lo cual se realizó, y la pregunta que surge es la siguiente: ¿puede exigírsele a un solo técnico sanitario que atienda al paciente, dé instrucciones precisas sobre la conservación del miembro y verifique la ejecución de las mismas? Tal vez resulte excesivo exigir este nivel de perfección a una persona. La negligencia pudiera apreciarse, no en un primer momento, sino en una segunda fase, al entrar en la ambulancia y percatarse del cambio de embalaje (para poder evaluar mejor la posible negligencia habría que saber si en la ambulancia había más personal sanitario para atender al accidentado).

Lo más pintoresco de esta sentencia es que el Tribunal Supremo diga que lo hizo «*sin malicia desde el punto de vista profesional*». ¿Qué quiere decir con esta expresión? Un profesional ha de responder de su actitud negligente basando esta circunstancia para que se genere la responsabilidad dimanante de los preceptos del Código Civil. Se supone que los técnicos sanitarios actúan en su quehacer profesional sin malicia. La «*malicia*» nos conduciría a una responsabilidad de carácter penal. Si, además la malicia era *profesional*, estaríamos ante lo que se podría denominar una *malicia cualificada*.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. MUERTE DE UN ESPECTADOR DE UN LANZAMIENTO DE FUEGOS ARTIFICIALES AL SER IMPACTADO POR UN OBUS LANZADO EN DICHO ESPECTÁCULO. RESPONSABILIDAD DEL PIROTÉCNICO CONTRATADO Y DEL AYUNTAMIENTO ORGANIZADOR DEL FESTEJO. (SENTENCIA 42/1999, DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Recurso de casación número 2426/1994. Audiencia Provincial de Pontevedra.

El hecho que motivó este litigio fue un accidente ocurrido en un lanzamiento de fuegos artificiales en el que falleció un espectador. Su viuda demandó de forma solidaria al industrial pirotécnico contratado para dicho lanzamiento y al Ayuntamiento en el que tenía lugar el espectáculo pirotécnico para que le indemnizaran con la cantidad de once millones de pesetas más los intereses legales.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a indemnizar a la actora, en forma solidaria, en la cantidad de once millones (11.000.000) de pesetas más los intereses. Sin entrar en cuestiones de carácter procesal, hay que reseñar que, apelada la sentencia de primera instancia por los demandados, se confirma íntegramente el fallo condenatorio, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

La condena solidaria al Ayuntamiento y al industrial pirotécnico se basa en que la organización de las fiestas patronales corrió a cargo de la Comisión de Fiestas del Ayuntamiento que organizó y programó una «sesión de fuegos acuáticos y aéreos, así como el tradicional combate naval que culminará con un esplendoroso bouquet de fuegos aéreos multicolores y explosivos a cargo de una famosa pirotecnia», y un obús o carcasa cayó entre los espectadores que se hallaban en la zona acotada para el público, lesionando a varios que no han sido parte en el proceso, y causando a uno de ellos lesiones gravísimas que, posteriormente, le produjeron el fallecimiento.

Dos son las cuestiones a analizar: la culpa o negligencia del industrial y del Ayuntamiento y la posible aplicación de la teoría del riesgo. Respecto de la primera, dice la sentencia que «el hecho mismo de producirse el accidente acredita que las medidas de seguridad adoptadas no fueron suficientes para evitarlo. Incluso la posibilidad o contingencia de un exceso de carga en algunos de los obuses era algo previsible, y por tanto orientar los disparos en dirección al muelle en que se encontraba el público no era precisamente extremar las precauciones, aunque lo normal y esperado fuese que los obuses cayeran en el mar, dada la distancia a cubrir (180 metros). Los espectáculos de pirotecnia entrañan siempre un peligro en sí mismos, generando, por consiguiente, riesgos. De ahí que la obligación de reparar el daño que sobrevenga a un tercero es una clara exigencia jurídica que no puede obviarse a pretexto de que se observaran las medidas reglamentarias de seguridad, si resulta que el daño se pudo evitar haciendo algo más, es decir, poniendo un exquisito empeño en la prevención».

En cuanto a la responsabilidad del Ayuntamiento queda fuera de toda duda, pues «era el organizador del espectáculo (a través de su Comisión de Fiestas) y no adoptó todas las medidas y precauciones necesarias para evitar posibles y previsibles eventos lesivos o dañosos, como lo evidencia el hecho de que el obús causante del resultado mortal, aquí enjuiciado, cayó y explotó, precisamente en el espacio que dicho Ayuntamiento había señalado o acotado para el público espectador».

A la «teoría del riesgo» se alude en la propia sentencia y, como dice, se presume culposa, «en principio, toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable», lo cual se cumple en el supuesto de autos, pues se trata de una actividad peligrosa, como es la consistente en un espectáculo pirotécnico. Recalca la sentencia que es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala que «proclama, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico

o culpabilístico, acepta soluciones cuasi objetivas, cuando se trata del ejercicio de actividades peligrosas».

Si una actividad es susceptible de producir un daño, el agente que la lleve a cabo debe cargar con las consecuencias que de ella se deriven. La responsabilidad por riesgo es aquella que impone un deber de responder a todo el que maneja en interés propio una fuente potencial de peligro que, si bien es lícita y está permitida, entraña un riesgo.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RELACIÓN CAUSALIDAD. (SENTENCIA 94/1999, DE 13 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Recurso número 2266/1994. Audiencia Provincial de Madrid.

En el caso de autos se formula demanda sobre reclamación de cantidad contra dos Compañías Aseguradoras, solicitando la cantidad de diez millones de pesetas, más los intereses legales, así como con la imposición de costas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia y estimó parcialmente la demanda condenando a las compañías demandadas a abonar solidariamente al actor la cantidad de 3.478.902 pesetas por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente, origen de las presentes actuaciones, dejando para ejecución de sentencia, en su caso, la valoración de las secuelas producidas, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

La Audiencia Provincial confirmó la anterior resolución y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

En este caso la causa inmediata de las lesiones sufridas por el actor fue el atropello por el conductor del vehículo asegurado debido a las maniobras evasivas que tuvo que realizar, al igual que el resto de los vehículos que seguían en su marcha al camión, que derramó sobre la calzada el aceite de la caja de cambios y esparció sobre ella restos de ese mecanismo y de la transmisión del camión.

No se ha acreditado que la rotura del camión fuera debida a fuerza mayor por lo que se supone que ha habido un defectuoso mantenimiento del vehículo, conducta negligente que, de una manera directa, contribuyó a que el actor fuera alcanzado por uno de los vehículos que circulaban detrás que, al resultar alteradas las circunstancias existentes en la calzada, tuvo que realizar maniobras extrañas propiciando así la múltiple colisión habida.

Se alegaba en este recurso que no existía relación de causalidad entre la rotura de la caja de cambios del camión asegurado por la recurrente y el que llama segundo accidente en que resultó lesionado el actor recurrido. El Tribunal Supremo, por el contrario, afirma que se da la relación de causalidad necesaria entre el daño producido y la conducta de quien conducía el camión para determinar la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual declarada en la instancia, y, en consecuencia, desestima el motivo.

Sigue el Alto Tribunal la doctrina recogida en varias sentencias, según la cual «no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo» (sentencia de 18 de octubre de 1964, 22 de abril y 4 de

junio de 1980), y también que «es causa eficiente del resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última» (sentencias de 19 de febrero de 1985, 23 de enero de 1986 y 3 de febrero de 1991).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE CENTRO DOCENTE POR DAÑOS SUFRIDOS POR UNA ALUMNA. INDEMNIZACIÓN: CUANTÍA. INCONGRUENCIA. PRESUNCIONES. CONCURRENCIA DE CAUSAS. DAÑO MORAL: APRECIACIÓN. INTERESES CONMINATORIOS DEL ARTÍCULO 20 DE LA LCS ANTERIOR A LA REDACCIÓN VIGENTE. NO SON APRECIABLES DE OFICIO. INCONGRUENCIA AL SER CONCEDIDOS SIN HABER SIDO PEDIDOS EN LA DEMANDA. (SENTENCIA 1230/1998, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.
Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Audiencia Provincial de Barcelona.

Hechos.—La Asociación de Padres de Alumnos organizó una fiesta de fin de curso en el local y con la autorización y colaboración del Colegio, cuya titularidad corresponde a una Congregación.

Tras la finalización de las clases se permitió el acceso de los padres a las instalaciones escolares, sin que se produjera una salida colectiva del alumnado y nuevo ingreso, posterior en el tiempo, bajo custodia de los padres, estos, sin solución de continuidad se integraron éstos en las actividades que iban a desarrollarse a continuación.

No hubo un cambio de guarda expreso, sino una situación mixta de custodia de los menores para celebrar la fiesta de fin de curso. Estaban presentes los maestros y guardadores, las religiosas y los padres o los parientes de los niños. Todos ellos compartían la vigilancia de los menores.

El centro escolar participaba activamente y en colaboración con la Asociación de Padres de Alumnos en la preparación, celebración, sentido y alcance de la fiesta. Además era beneficiario el centro, del acto social, imprescindible para un correcto desarrollo de la tarea educativa y extremadamente útil para culminar una opinión positiva de los padres respecto a la dedicación educativa de la comunidad religiosa a los párvulos.

La distribución de los espacios había sido dispuesta con anterioridad por la dirección. Quince minutos antes de iniciarse la fiesta fue informada la directora de la intención de elevar globos, lo que pone de manifiesto que los padres subordinaban la realización de esta actividad a la autorización del centro que no se opuso a que se llevara a cabo, adoptando, simplemente, una actitud pasiva ante el riesgo que podía suponer lo pedido, fácilmente imaginable ante la naturaleza de la actividad, la necesidad de espacio libre para su práctica (difícil en un patio con gran afluencia de público) y la corta edad de las criaturas. Al encender uno de los globos con alcohol, éste se inflamó sin que conste exactamente el modo en que se produjo, y una niña sufrió graves quemaduras que le produjeron importantes daños y le dejaron secuelas. En ningún momento ha quedado acreditado quién manipulaba el globo, el líquido inflamable y la garrafa que lo contenía.

Los padres de la niña que sufrió quemaduras formularon demanda, en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, contra una

persona cuya vinculación con el colegio u otras circunstancias de las que pudiera derivarse responsabilidad no constan en la sentencia del Tribunal Supremo, contra la directora del Colegio Parvulario, contra la Congregación de Religiosas titular del colegio, contra la Asociación de Padres de Alumnos y contra la Compañía de Seguros en reclamación de una indemnización por los daños sufridos.

Solicitaban que se condenara solidariamente a los codemandados a abonar a la menor, en concepto de indemnización económica por el daño ocasionado, la cantidad de cuarenta y nueve millones trescientas treinta y tres mil pesetas (49.333.000 ptas.), desglosadas de la siguiente forma: en concepto de perjuicio económico: 24.333.000 pesetas, y como *pretium doloris*: 25.000.000 pesetas, o aquella cifra indemnizatoria mayor que se acreditara en el procedimiento. Se incluye tanto el perjuicio económico como el daño moral. Asimismo solicitaban que se condenara solidariamente a los codemandados a indemnizar a los padres de la niña con la cantidad de diecisiete millones ochocientos sesenta y cinco mil quinientas setenta y nueve pesetas (17.865.578 ptas.) que comprenden 2.865.579 pesetas en concepto de gastos habidos como consecuencia del accidente de su hija, y como *pretium doloris* la cantidad de 15.000.000 de pesetas, y, por último, las costas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenaba a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a la actora, aunque la segunda, la cantidad de 34.436.992 pesetas. Por lo que a la Compañía de seguros respecta sólo hasta el límite de su cobertura en la fecha del siniestro, debiendo ser satisfechos por cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Se absolvió a la Asociación de Padres del citado Colegio, siendo las costas causadas por dichos demandados a cargo de la actora.

La Audiencia Provincial dictó sentencia estimando en parte el recurso de apelación y reduciendo las anteriores cantidades a la cifra de 10.000.000 de pesetas. Se confirma la absolución de la Asociación de Padres de Alumnos del mencionado colegio.

Los padres de la menor interpusieron recurso de casación contra la anterior sentencia y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, así como al interpuesto por la Compañía de seguros y no haber al formulado por la Congregación de Religiosas. El fallo condena solidariamente a la Congregación de Religiosas, a la Asociación de Padres de Alumnos y a la Compañía de seguros, si bien a esta última hasta el límite de la cobertura del seguro y sin imposición de intereses conminatorios, a abonar la cantidad de diez millones de pesetas a los demandantes y veinte millones a la menor.

Son varias las cuestiones que suscita esta sentencia.

Primera.—La obligación de responder por actos ajenos de los docentes de enseñanzas no superiores, artículo 1.903, penúltimo párrafo, del Código Civil vigente en el tiempo de los hechos y antes de la reforma que sufrió por Ley 1/1992, de 7 de enero, que hacía responsables a los maestros respecto a los perjuicios causados por sus alumnos mientras permanezcan bajo su custodia; concepto este que, en palabras del Supremo, «deriva de la responsabilidad *in vigilando* y que se relaciona con mentalidad no ya decimonónica, sino medieval, de la custodia por el maestro sobre el alumno o aprendiz, sustitutivo y semejante a la de patria potestad, pero que en la época actual se estimó que cuando el alumno es confiado a un establecimiento, propiedad de una persona

jurídica, es ésta como director del establecimiento el que responde del acto de alguna de las personas físicas enseñantes». En el caso de autos será, por lo tanto, la dirección del colegio responsable y no los maestros individualmente considerados, de acuerdo con la actual redacción del artículo 1.903, párrafo 5.º

Segunda.—¿Ha de responder el colegio de una fiesta organizada por la Asociación de Padres? La responsabilidad por culpa *in vigilando* del profesorado del centro ha de llevarla a cabo, según el artículo 1.903, cuando estén «desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». Según este precepto, la fiesta ha de encuadrarse dentro de las actividades propias del centro.

Tercera.—¿A quién correspondía la labor de guarda en ese momento, a los padres o a los profesores?

El Tribunal Supremo cita en el caso de autos la sentencia de 3 de diciembre de 1991, porque el accidente se produjo en el ámbito del Centro Escolar. «Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º del artículo 1.903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal».

Por tanto, estima el Tribunal Supremo, que «la obligación de reparar el daño se impone, como sujeto pasivo, al titular del centro de enseñanza y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas, propiamente dichas, o en tiempo posterior en el que todavía ejerce el colegio su labor de guarda». En el caso de autos, la peculiaridad estriba en que se encuentran presentes tanto los padres como los profesores, por eso parece que existe una concurrencia de culpas de la cual hace derivar el Alto Tribunal una minoración de la indemnización, pues ambos han concurrido como concausas a la producción del hecho dañoso.

Cuarta.—La responsabilidad de la Asociación de Padres de Alumnos, que organizó e intervino directamente en la fiesta de fin de curso en la que se produjeron los daños.

Según el Tribunal Supremo, «la Asociación, como persona jurídica, inspira, organiza y controla —desde luego, conjuntamente con el colegio— la fiesta de fin de curso. Si en una de ellas se produce un daño, como tal persona jurídica, participa en la obligación de repararlo; ciertamente, la persona jurídica actúa a través de sus miembros, pero la obligación de reparar el daño es de ella, por su intervención directa en el evento que lo causó; por tanto, por aplicación del artículo 1.902, no el 1.903, del Código Civil». A lo que añade que «la persona jurídica contrae responsabilidad extracontractual por su actuación, que siempre es a través de las personas físicas que la integran», y cita numerosas sentencias en esta línea.

Quinta.—La Congregación de Religiosas es responsable por ser titular del colegio y hay que tener en cuenta que la actividad que produjo el daño se llevó

a cabo en su local, con su autorización y bajo su control, si bien éste se compartió con la Asociación de Padres.

Sexta.—La Compañía de Seguros también es responsable, pues no cabe admitir su argumento de que el siniestro en cuestión no se encontraba amparado por la póliza de seguro suscrita con el Colegio. Ahora bien, el siniestro —las lesiones sufridas por la alumna del Colegio— sí está cubierto por el riesgo asegurado en cuanto el colegio es considerado responsable de aquel daño.

Séptimo.—El daño moral.

Dice el Tribunal Supremo que la sentencia de instancia no toma en cuenta el daño moral exponiendo un «inaceptable» argumento, como es el de que el daño moral no es valorable, y que el *pretium doloris* constituye «un concepto jurídico impreciso que en ningún caso puede saciar los hondos sentimientos de dolor, jurídicamente inestimables y cuya cuantificación económica supondría un atentado a los derechos fundamentales del hombre». Contraataca el Tribunal Supremo diciendo que: «Ciertamente, el daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados; puede ser directo o, más frecuentemente indirecto, que es el sufrido a consecuencia de un daño personal: el atentado a la integridad física no sólo produce daños directamente, sino también un indudable daño moral, el *pretium doloris* que debe ser resarcido y no cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor (lo que es cierto) por lo que no cabe indemnizar (lo que no es cierto) sino que la indemnización valora económicamente y sin duda parcialmente este daño moral, es el llamado en la doctrina alemana el "dinero del dolor" (*Echmerzengeld*)».

Fija una cantidad como indemnización por el daño moral que ha sufrido la niña. No acepta, sin embargo, el que se alega como daño moral sufrido por los padres.

Es interesante esta sentencia porque es muy escasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este tema, alguna sentencia más sobre la responsabilidad de los centros docentes y de los maestros se encuentra en los Tribunales inferiores.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. FILTRACIONES EN CASA PROPIEDAD DEL DEMANDANTE. PROCEDENTES DE LA RED MUNICIPAL DE AGUAS. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. (SENTENCIA 10/1999, DE 19 DE ENERO DE 1999.)

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

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Recurso número 2110/1994. Audiencia Provincial de Zaragoza.

Se interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el Ayuntamiento de N., en la que se suplicaba al Juzgado dictase sentencia declarando la obligación del demandado de reparar el daño causado al demandante en su casa y de reparar los elementos, canalizaciones o cañerías que han provocado las fugas causantes de los daños, así como a indemnizarle por los perjuicios ocasionados y cuantificados pericialmente, así como al pago de las costas. La sentencia estimó en su totalidad la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la resolución anterior y estima la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta

por la parte demandada sin entrar en la resolución de la cuestión de fondo. No se hace condena en costas.

El meollo de este asunto se centra en analizar la competencia del orden jurisdiccional civil, campo al que, en principio, pertenece la llamada responsabilidad extracontractual.

La Administración Pública ha de responder frente a los particulares de los daños y perjuicios que les cause a través de su personal o del funcionamiento de sus servicios (art. 106.2 de la Constitución, 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, posteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Reglamento sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, de 26 de marzo de 1993).

Hasta ahora no se atribuía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia de esta materia; sí la atribuye, en cambio, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su artículo 2.e).

En el presente caso hay que tener en cuenta que los hechos se produjeron antes de entrar en vigor las leyes administrativas hoy vigentes, que atribuyen la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La jurisprudencia de la Sala primera ha mantenido, generalmente, la competencia del orden jurisdiccional civil en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración y que sólo es jurisprudencia la de la Sala correspondiente a la materia de que se trate.

En base a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo anuló la sentencia dictada por la Audiencia sustituyéndola por la dictada en Primera Instancia.

T. S. S. M.

RESPONSABILIDAD MEDICA POR FALLECIMIENTO DE PACIENTE. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO: APLICACIÓN DE LA MÁXIMA RES IPSA LOQUITUR. RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL CENTRO MEDICO. COSTAS PROCESALES. (SENTENCIA DE 9 DICIEMBRE DE 1998.)

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

El Juzgado de Primera Instancia número veintiséis de Barcelona, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 1993, en la que desestima íntegramente la demanda sobre reclamación de cantidad promovida a instancia de don Atilano R.P., contra la Mutua G. de Seguros, Congregación de las Hermanas H. (Hospital S.R.), y los médicos don Juan M.C.S., y don Rodolfo J.M.P., en la que se reclamó la cantidad de 20 millones de pesetas, por los daños y perjuicios irrogados.

Apelada por dicho demandante la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección quince) en sentencia de 12 de abril de 1994, la revocó y estimó parcialmente la demanda: absolvió a los médicos don Juan M.C.S., y don Rodolfo J.M.P., y condenó a la Congregación de las Hermanas H. (Hospital S.R.) y a la Mutua G. de Seguros, al pago al demandante de la cantidad de quince millones de pesetas, a las que, asimismo, condenó al pago de las costas de primera instancia (con excepción de las correspondientes a

los codemandados absueltos), sin hacer pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación.

Los demandados condenados interponen sendos recursos de casación, que prosperan, casándose y anulándose la sentencia de la Audiencia en el único sentido de que las costas de primera instancia no se imponen.

Hechos.—Una paciente (doña Josefa T.R., esposa y causante del demandante don Atilano R.P.), fue intervenida de *halux valgus bilateral*, operación conocida vulgarmente como juanetes, en el Hospital S.R. de Barcelona, el 30 agosto de 1990, presentando un preoperatorio que pareció correcto. La operación realizada por los cirujanos (don Juan M.C.S. y don Rodolfo J.M.P.), se realizó sin problemas, y lo propio aconteció con el inmediato postoperatorio. Sin embargo, en la noche del 4 al 5 del mismo mes y año, presentó la paciente un cuadro de contractura muscular progresiva a nivel cervical, con dificultad a la deglución. Examinada por el médico de guardia, y luego por los miembros del equipo de cirugía ortopédica, se revisaron las heridas y retiraron los puntos y, ante la sospecha de un tétanos postquirúrgico, se inició tratamiento con penicilina, gammaglobulina antitetánica y diazepam. La enferma fue seguidamente trasladada al Hospital de la Santa Creu y Sant Pau, de la misma ciudad, donde se confirmó la sospecha de tétanos, ingresó en la UCI y falleció, a los quince días, por tétanos grave postquirúrgico.

Los citados recursos de casación se analizan conjuntamente.

Doctrina de la Sentencia.—Se alega por ambos recurrentes infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 y 1.105 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad médica. Ambos recurrentes, en sus respectivos escritos, insisten en la actividad de los médicos, absueltos en instancia, al no constar como afirma la Audiencia «la infracción por ellos de la técnica que era exigible en la aplicación de medidas profilácticas para el acto de que se trata, y se reitera la doctrina jurisprudencial de que la obligación del médico es una obligación de medios, no de resultados...» *Pero junto a ello, también conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia citada de 13 de diciembre de 1997), que corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia.*

Lo cual pone en relación el caso de autos con el centro médico y la Mutua, ambos recurrentes en casación. La sentencia de la AP declara como hecho acreditado «que la causa de la infracción y muerte de doña Josefa, la imputación a título de culpa ha de estar referida a la entidad titular del centro hospitalario... y añade que llega a la conclusión de imputar el resultado al mal cumplimiento por la entidad titular del centro hospitalario, de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones». *Por lo que al centro médico no se le aplica la responsabilidad del empresario, ex artículo 1.903 del Código Civil, sino la responsabilidad directa, que enuncia la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de veintidós de abril, veintisiete de junio, veintiuno de julio y trece de diciembre de 1997, que expresan: «la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado... En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la*

obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de veintinueve de julio de 1994... *Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico*». Por todo ello, se desestiman estos motivos al no considerarse infringido el artículo 1.902 del Código Civil, ya que es correcta la imputación directa del daño al centro médico, ni el artículo 1.105 del Código Civil, ya que no se ha acreditado el caso fortuito o la fuerza mayor; ni la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad médica.

El siguiente de los motivos del recurso de casación denuncia infracción del artículo 523 LEC, el motivo triunfa, por lo que se casa y anula la sentencia de instancia en el sentido de que las costas de primera instancia no se imponen a las partes codemandas, sino que no se hace condena en costas de la primera instancia a ninguna de las partes. Razonándose en los siguientes términos: *La estimación de la demanda ha sido parcial; no cabe condena en costas, como dice el párrafo 2.º (del art. 523), el cual también da un margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional: ...a no ser que hubiere méritos para imponerlos a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el presente caso, nada expresa sobre una posible temeridad que no se vislumbra en las actuaciones*.

Notas.—En el presente caso el lamentable suceso se produjo cuando una paciente, tras una operación conocida vulgarmente como de juanetes, fallece a consecuencia de una infección postoperatoria por tétanos.

La cuestión de fondo es la responsabilidad médica, relativa al centro hospitalario y, por ende, a la Mutua aseguradora, pero conviene recordar antes de entrar en el fondo de la cuestión, que en materia de responsabilidad médica debe distinguirse entre la responsabilidad del médico y la responsabilidad del centro sanitario. De forma genérica puede decirse que la responsabilidad civil del médico, que en el caso de autos sería extracontractual, tiene su apoyo en el artículo 1.902 del Código Civil, que recoge la responsabilidad por culpa, siempre que se den los requisitos de acción u omisión culposa o negligente, resultado dañoso y adecuada y suficiente relación de causalidad entre uno y otro. No suele aplicarse en esta materia de responsabilidad médica la responsabilidad objetiva, ni la inversión de la carga de la prueba.

En el presente supuesto no se plantea la responsabilidad de los médicos, que quedaron absueltos por la Audiencia, quedando firme la sentencia al no presentarse recurso de casación. Ya que, como dice la sentencia de la AP, *«no consta la infracción por ellos de la técnica que era exigible en la aplicación de medidas profilácticas para el acto de que se trata»*; lo que el Tribunal Supremo relaciona con la doctrina jurisprudencial reiterada de la naturaleza de la obligación del médico, *«...tanto si procede de contrato ... como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado... En la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias...»*.

Pero hay que recordar que esta doctrina (en la que es necesario probar la culpa médica), está matizada por la del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad de autor, así afirma el Tribunal Supremo: *«...Sin per-*

juicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico...» y que se conoce como la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que significa que la evidencia crea una deducción de negligencia. Regla que, como reconoce el Tribunal Supremo, ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y se corresponde con la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), y que requiere para que pueda aplicarse como igualmente reconoce el TS: 1) que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; 2) que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y 3) que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

Partiendo de la base que la AP declara como acreditado que la causa de la infracción y muerte de la paciente y la imputación a título de culpa ha de estar referida al centro hospitalario, y que es necesario imputar el resultado al mal cumplimiento por la entidad titular del centro hospitalario, de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones.

Si la doctrina del daño desproporcionado se aplica al caso de autos donde, como hemos dicho, se plantea la responsabilidad médica del centro hospitalario, es evidente que aquí estamos ante un evento dañoso y desproporcionado, muerte de un paciente, que tiene su origen en una operación de juanetes (operación que en principio no parece entrañar gran dificultad) como consecuencia de una infección postoperatoria (tétanos), (hecho probado que se produce por falta de las medidas de seguridad e higiene que son exigibles en los postoperatorios, que conduce a la deducción de negligencia del centro hospitalario), además es evidente que el daño no era imputable a ningún comportamiento culposos de la víctima.

En los casos en los que como éste se produce un daño desproporcionado, con lo que es usual, comparativamente hablando en este tipo de intervenciones, se aplica la regla, la cosa habla por sí misma y se crea una deducción de negligencia, pues los hechos por sí solos son suficientes para deducir que si se hubiesen seguido unas normas de seguridad e higiene se hubiese impedido la infección. Aplican la doctrina del daño desproporcionado, entre otras en la sentencia del TS de 18 de febrero de 1997, en la de 13 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1998.

Llama poderosamente la atención la similitud de esta sentencia con la de sentencia italiana de *cassazione civile* número 6142, de 21 de diciembre de 1978.

RESPONSABILIDAD MEDICA: CULPA DEL MEDICO ANESTESISTA. INTERESES LEGALES. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número once de P. de M. en sentencia de 30 julio de 1994, estimó en parte la demanda formulada por don Jaime C.M., en nombre propio, en el de su esposa, en el de sus hijos menores y en el de

su hijo mayor, contra los médicos don Florencio V.S. (anestesta) y la entidad C. S.A., contra don Ignacio F.-R.B. (médico que hizo el diagnóstico) contra IMEQBA, S.A., y W., S.A., condenando a los demandados a que de forma solidaria indemnicen a doña Isabel C.C. en la cuantía de 15.045.000 pesetas, por gastos asistenciales; y que indemnicen con carácter solidario y en concepto de daños morales a los hijos y en la suma de 10.000.000 de pesetas para cada uno de ellos; así como a sus intereses legales desde la fecha de la presente reclamación con expresa imposición de costas a dichos demandados. Desestimando la demanda formulada contra Clínica P., S.A.

La Audiencia Provincial de P. de M. en sentencia de 7 de abril de 1997, estima el recurso interpuesto por don Ignacio F.-R.B. y W., S.A., y por IMEQBA, revocando la sentencia en cuanto dictaba fallo condenatorio para dichos demandados, y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Florencio V.S. y C., S.A., revocando parcialmente la sentencia en el sentido de fijar en 5.000.000 de pesetas y no en 15.000.000 de pesetas la indemnización que corresponde a la actora en concepto de lucro cesante y en 76.125.722 pesetas, en lugar de 114.188.583 pesetas por las indemnizaciones fijadas para doña Isabel C.C. y por gastos asistenciales, confirmándola en el resto; siendo que las costas de la primera instancia relativas a los demandados don Florencio V.S. y don Jaime C.M., C., S.A., se abonarán por ellos las causadas a su instancia. Sin que se haga expresa imposición de costas.

Don Florencio y la entidad aseguradora C. S.A., interponen recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar, en parte el recurso de casación, casando y anulando la declaración relativa a los intereses legales.

Hechos.—Una paciente, doña Isabel C.C., había sido diagnosticada por el médico don Ignacio F.-R.G. (demandado que resultó absuelto), de padecer quiste maxilar, ingresando el día 30 de julio de 1991 en la clínica P., para su extirpación. Una vez en el quirófano le prestó los servicios de anestesia don Florencio, y durante el período de la fase anestésica la enferma sufrió una hipotensión a cero con privación de oxígeno al cerebro, ocasionándole infartos en la corteza cerebral por anoxia, que desencadenó una tetraplejia espástica con síndromes de descerebración. La intervención del cirujano no llegó a producirse.

Doctrina de la Sentencia.—Interesa destacar que se alega incongruencia de la sentencia recurrida, motivo que se desestima, por que el Tribunal de instancia sentó como hecho probado que la causa de la paraplejía total que sufre la paciente se debe a no haber sido intubada correctamente. En el caso de autos, la *causa petendi* no es otra que la conducta culpabilística del facultativo anestesiólogo que recurre por mala, deficiente y negligente actuación con graves y permanentes consecuencias, dañosa para la salud de la paciente, lo que hace aplicable la responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. *La incongruencia decisoria se produce cuando se concede algo distinto de lo pedido y debe resultar de comparar lo suplicado en la demanda con los términos del fallo combatido*, que no es el caso.

También se aduce infracción e inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil, el motivo se desestima..., ya que no se ha producido alteración de la regla distributiva del «*onus probandi*» y queda vedado alegar en casación el artículo 1.214 cuando los juzgadores de instancia obtienen su convicción decisoria por cualquiera de las pruebas obrantes en el pleito, con independencia del liti-

gante que las hubiera proporcionado. La infracción del precepto sólo cabe invocarla en los casos de ausencia total de prueba de un hecho concreto...

Se denuncia también la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto a la exigencia del reproche culpabilístico al médico anestesista del necesario nexo causal entre la acción y el resultado dañoso, sosteniendo su falta de concurrencia en el caso de autos. *La responsabilidad civil de los anestesistas 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 propiciar 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. El motivo se desestima.*

En el último motivo se combate la condena de pago de intereses legales desde la fecha de la demanda, el motivo procede, *la cuestión de los intereses legales-procesales (interés legal del dinero más dos puntos) ha de resolverse desde la fecha de la sentencia del Juzgado, aunque la de apelación hubiera disminuido las cantidades indemnizatorias a percibir, y estas sumas son las que deben de tenerse en cuenta como las que devengan los intereses de referencia.*

Notas.—Estamos ante un supuesto de la responsabilidad civil médica donde se recoge la reiterada doctrina de la *lex artis ad hoc*. En el caso de autos, el médico anestesista no observa las reglas de la *lex artis*, teniendo un comportamiento negligente que desembocó en un grave e irreparable resultado, que afectó de manera irremediable a la salud de la paciente, al quedar reducida su vida a vida vegetativa.

El desgraciado suceso ocurrió cuando la paciente iba a operarse de un quiste maxilar, operación que no se llegó a realizar, pues en la fase de la anestesia tuvo una hipotensión a cero con privación del oxígeno del cerebro, que la dejó tetrapléjica. Es evidente que hubo un daño desproporcionado.

La causa del daño desproporcionado en relación con los resultados, se debió a la aplicación de la anestesia, acreditándose un actuar que encaja en el reproche culpabilístico (culpa virtual), ya hubo negligencia del recurrente y desatención en cuanto a la correcta intubación de la enferma, así como del control de su respiración asistida que exigía constante seguimiento, dado que el riesgo anestésico es muy alto hasta alcanzar situación satisfactoria.

Esta actividad profesional imponía, al aplicar las técnicas de la anestesiología, evitar toda falta de oxigenación al cerebro, que fue lo que sucedió y hace presencia la causa eficiente del resultado dañoso para la salud, que resultó consolidado y final de la actividad desplegada por el médico anestesista de referencia.

La responsabilidad del médico se deriva de la inobservancia de las reglas técnicas adecuadas y cuya aplicación estaba a su disponibilidad para mantener y preservar las funciones vitales de la paciente a la que tanto daño se le ocasionó. Aplican la misma doctrina sobre responsabilidad médica del anes-
tesiólogo entre las siguientes sentencias de 24 de noviembre de 1997 y la de 29 de julio de 1998.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE FERROVIARIO MORTAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arenys de Mar, en sentencia de 18 de diciembre de 1992, estima la demanda sobre reclamación de cantidad, indemnización por daños y perjuicios interpuesta por doña Encarnación contra RENFE y contra don Manuel S.M. (maquinista), condenando a RENFE al pago de 10.000.000 de pesetas más los intereses legales y condena en costas.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección decimocuarta), dictó sentencia en fecha 14 de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, revocando la sentencia del Juzgado de primera instancia número 16, absolviendo a los demandados apelantes sin declaración de costas.

La demandante (madre del joven fallecido en el accidente) interpone recurso de casación cuyos motivos son desestimados.

Hechos.—Accidente ferroviario ocurrido el día 15 de agosto de 1987, sobre las veintiuna horas y treinta minutos, cuando el joven Daniel D.G., de diecisiete años de edad, cruzó la vía férrea en el instante en que por ella circulaba el tren, conducido por don Manuel S.M., en un tramo completamente recto. El atropello causó la muerte del joven.

Doctrina de la Sentencia.—El presente recurso de casación se articula a través de dos motivos. El motivo primero denuncia infracción del artículo 168 de la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre, de 30 de julio de 1987, en relación con el artículo 1 de la Ley de 19 de diciembre de 1974, de Carreteras. Con base en los citados preceptos, la demandante pretende demostrar la culpabilidad del maquinista y de Renfe, al sostener que aunque la vía férrea estaba vallada, no existía ninguna valla por donde cruzó su hijo.

El motivo se desestima, pues la no existencia de valla no puede entrañar culpa del maquinista, el cual conducía el tren por un tramo recto en una longitud de más de trescientos metros en condiciones normales (a la velocidad reglamentaria, con el foco encendido y haciendo uso del silbato), cuando de pronto observó que de manera súbita (de forma «inexplicable, incomprensible e inesperada», declara probado la sentencia recurrida) un joven trataba de cruzar la vía en el momento en que iba a pasar el tren, ante lo cual dicho maquinista lo único que podía hacer era accionar el freno de urgencia, como hizo, sin que pudiera evitar el atropello del joven, por lo que no es de apreciar en la conducta del maquinista culpa o negligencia alguna.

Por lo que respecta a Renfe, el hecho de que el lugar por donde dicho joven trató de cruzar la vía careciera de valla, tampoco entraña culpa de dicha entidad, ya que en aquel mismo lugar existía un paso subterráneo, que el joven debió utilizar, sin que dicha no utilización sea imputable a nadie más que al propio joven.

El segundo motivo se funda en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, volviéndose a insistir en la inexistencia de vallas en el lugar de los hechos, la recurrente parece querer aducir que la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la culpa que entraña una inversión de la carga de la prueba, por

lo cual eran los demandados los que tenían que haber probado su actuación diligente.

El motivo también se desestima, ya que la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada aparece acreditado, como es el caso, que en la producción del resultado dañoso no intervino ninguna culpa por parte del demandado, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos, siendo el resultado dañoso atribuible a un caso fortuito o, incluso, a una culpa exclusiva de la propia víctima.

Notas.—En el caso de autos, la conducta de la víctima incidió en el proceso causal-material de los hechos, con la fuerza exculpatoria del artículo 1.105 del Código Civil, ya que el trágico suceso (fallecimiento del menor de diecisiete años don Daniel D.G.) fue inevitable para los demandados, que nada pudieron hacer para salvar el accidente. La conducta de la víctima fue el factor determinante y causal del accidente, pues el joven debió haber utilizado el paso subterráneo en lugar de cruzar las vías del tren. Además, queda probado que la conducta de los demandados fue diligente y nada pudo hacer el maquinista para evitar el atropello, además, Renfe no estaba obligada en aquella época a vallar la vía férrea.

RESPONSABILIDAD EXTRAContractual. ACCIDENTE FERROVIARIO: CULPA DE LA EMPRESA FERROVIARIA. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Marina Martínez-Pardo.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante, en sentencia de 15 de junio de 1995, estima parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta por doña María Elena y otros, contra Ferrocarriles de la Generalitat de Valencia, y don Fabián C.C. (maquinista) y notificada a Ferrocarriles de Vía Estrecha, condenando solidariamente a los demandados, rebajando la cuantía de la indemnización, reclamada en diferentes conceptos, sin expresa condena en costas.

La Audiencia Territorial de Alicante dictó sentencia el 28 de noviembre de 1996, desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia del Juzgado e imponiendo a los apelantes las costas causadas en alzada.

Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana y don Fabián C.C., interpusieron sendos recursos de casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al primero de ellos y sí al segundo.

Hechos.—Accidente ferroviario ocurrido en 1986, cuando doña Elena conducía un coche en compañía de su marido y un hijo, tras cumplir la señal de *stop* existente en la vía férrea y posteriormente cruzarla, al ser alcanzado por la máquina del tren, lo que ocasionó la muerte del marido de la actora y graves lesiones y secuelas para la actora y su hijo. El paso a nivel carecía de barreras y de la adecuada visibilidad.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto del recurso de casación interpuesto por la empresa de ferrocarriles, destacamos los siguientes motivos: el primer motivo del recurso denuncia infracción del artículo 1.902, así como del principio de inversión de la carga de la prueba y de la teoría de la realización del riesgo, por considerar que faltan los requisitos para atribuirle responsabilidad. *El motivo se desestima, porque partiendo de los hechos fácticos probados se desprende que el ferrocarril discurría por lugar peligroso, curva sin visibilidad, paso a nivel sin barreras, a pesar de la insistente petición de los ciudadanos, sólo atendida después del accidente, lo que por sí solo es ya omisión suficiente para entender que sin inversión de la carga de la prueba, se llega a la lógica conclusión de que la empresa ferroviaria, que actúa a través de sus órganos rectores, ha incurrido en el ámbito del artículo 1.902, puesto que probada la omisión de diligencia y el daño, es evidente que hubo relación de causa a efecto entre aquella y éste.*

El segundo motivo sostiene, tras reconocer la recurrente la peligrosidad del paso, la falta de visibilidad, que no era tal que no permitiera a la conductora ver el convoy, y por ello, falta la relación de causa a efecto. El motivo se desestima porque el hecho de que pudiera concurrir también la culpa de la conductora, no releva de responsabilidad a la recurrente, que mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidentes.

El último de los motivos, amparado en la aplicación indebida del artículo 1.253 y 1.214 del Código Civil ha de rechazarse, puesto que la sentencia se dictó tras apreciar las pruebas y no se aplicó la de presunciones, y cuando concurre probanza, no cabe hablar de infracción del *onus probandi*, que sólo se conculca cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias de dicha falta en persona distinta de la obligada a probar, como tiene reiterada esta Sala.

Respecto del recurso interpuesto por el maquinista, el motivo primero se funda en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, sosteniendo que no cabe aplicar a las colisiones entre vehículos el principio de inversión de la carga de la prueba, ni la teoría de la responsabilidad por riesgo. El motivo se estima, ya que de los hechos no se desprende que el conductor del tren haya incurrido en culpa o negligencia... la relación de causalidad no concurre entre la conducción del maquinista por vía preferente, que si colisionó con el vehículo es porque la conductora inició su marcha tras hacer la parada de *stop* cuando el tren llegaba al lugar, y no es ilógico afirmar que falta, respecto del conductor, la relación de causalidad. Por todo ello, se estima el recurso y se casa la sentencia, liberando de la condena al maquinista y manteniendo la condena solidaria del ente Ferrocarriles de la Generalidad de Valencia.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ARTICULO 1.902: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL INTERPRETATIVA. ACCIDENTE DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR INEXISTENCIA DE MECANISMOS DE SEGURIDAD. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, en sentencia de 1 de junio de 1993, estima parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por doña María Rosario F.G. contra don José C.V., la Comu-

nidad de Propietarios del Edificio «Nautilus», y Mapfre Industrial, S.A., condenando a don José C.V., y a la Comunidad a que abonen a la actora 15.000.000 de pesetas, más los intereses desde esta resolución y desestimando la misma frente a «Mapfre Industrial, S.A.», y absolviéndola.

La Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 28 de mayo de 1994, revoca parcialmente la sentencia de Primera Instancia, y absuelve a la citada Comunidad de Propietarios, confirmando el resto de la sentencia recurrida.

El recurso de casación interpuesto por doña María Rosario F.G. no prospera.

Hechos.—Fallecimiento de trabajador como consecuencia de la caída de un andamio mientras realizaba trabajos de pintura en la fachada de un edificio.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se funda en un único motivo: infracción del artículo 1.902 del Código Civil, por considerar la recurrente que la Comunidad de Propietarios es responsable extracontractualmente. *Ciertamente, la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo de casación que nos ocupa ha ido evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida en cada caso, pero, desde luego, sin erigir el riesgo, fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir el principio de responsabilidad culposa, es decir, tal evolución se ha encaminado hacia una minoración culpabilismo originario, pero sin que, en ningún caso se haya prescindido por completo de la necesidad de la exigencia del elemento culpabilístico, doctrina toda ella que aparece reflejada en la jurisprudencia de la Sala... ahora bien, la tesis de la recurrente... va más allá de la evolución jurisprudencial expresada, ya que lo que realmente está haciendo es basarla sobre determinados elementos extraños al presupuesto culpabilístico propio de accidente concreto que originó el fallecimiento del señor V.R., como son los relativos a la defectuosa o deficiente capacidad y aptitud empresarial del señor C.V., patrono del accidentado: falta de licencia fiscal... estos elementos... son extraños a la comisión o producción del accidente, pues éste se produjo, en definitiva, por la existencia de los suficientes y adecuados mecanismos de seguridad.*

Resulta procesalmente irregular pretender, a través del discurso argumental del motivo, completar, por incorporación, el presupuesto fáctico establecido en las sentencias de instancia, ...pues supondría alterar el resultado probatorio por una vía no autorizada en casación.

No es posible vincular, ...la responsabilidad de la Comunidad a la declarada del empresario, ya que como, con total acierto, razona el Tribunal «a quo», sólo hubiera sido factible en el caso de que los pintores operasen por cuenta y bajo dependencia de la Comunidad, circunstancia que no concurrió, toda vez que la única relación que cabría establecer entre la misma y el empresario fue la dimanada del contrato de arrendamiento de obra.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE INCENDIO DE EDIFICIO.
RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO QUE EXPLOTABA EL TALLER
DE CARPINTERÍA EN EL BAJO DEL EDIFICIO. (SENTENCIA DE 18 DE NO-
VIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Grado, en sentencia de 12 de mayo de 1993, desestima la demanda principal, sobre reclamación de cantidad formulada por doña Isabel G.F. contra don Raúl A.A., absolviéndolo, y estimando la demanda-reconvencción formulada por don Raúl A.A., condenando a doña Isabel G.F. a la realización de las obras necesarias para que el local dañado pueda servir de nuevo al uso para el que estaba destinado, manteniendo el goce pacífico del arrendatario.

La Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia de 19 de mayo de 1994, revoca la sentencia de Primera Instancia, y estima parcialmente la demanda interpuesta por la recurrente, condenando a don Raúl A.A. a abonarle la cantidad de 4.345.895 pesetas con el interés prevenido en el artículo 921 LEC desde la fecha de esta resolución, sin especial pronunciamiento sobre las costas. Se desestima íntegramente la reconvencción formulada por don Raúl A.A., absolviendo a la recurrente, con expresa condena a aquél de las costas. No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Don Raúl A.A. interpone recurso de casación. No prospera.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se funda en dos motivos, infracción del artículo 1.902 del Código Civil y del artículo 1.253 del Código Civil, que conviene estudiar conjuntamente, al entender el demandado-recovi-niente que la sentencia recurrida no declara actuación culposa alguna imputable al recurrente o a sus empleados. Dicha resolución *ante la falta de pruebas directa sobre la causación del incendio en el edificio*, tras la valoración de las pruebas, *llegó por vía deductiva a establecer la localización del inicio del siniestro, que tuvo lugar en la parte posterior del local bajo, donde el recurrente desarrollaba, en régimen de arrendamiento, industria autorizada de carpintería.*

Partiendo de este dato, dotado de vinculación fáctica casacional, *era deber e incumbía al que recurre controlar y mantener en forma adecuada, para evitar todo posible un incendio, el espacio en que se produjo la crepitación*, lo que según los hechos que la sentencia declara probados, no ha tenido lugar y lo pone bien de manifiesto que concurrió explosión precedente e inmediata a la propagación del fuego en la zona de barnizado, cuando los operarios del que recurre realizaban sus trabajos en el taller.

El motivo lleva a cabo revisión propia e interesada de la prueba practicada, lo que no le autoriza el recurso de casación para combatir la deducción lógica que alcanzan los juzgadores de instancia ... no aportando argumentos convincentes, con apoyo en una base fáctica suficientemente demostrada, de que el siniestro se debiera a caso fortuito, ... faltando en el caso que nos ocupa tanto el requisito de imprevisibilidad como el de inevitabilidad del mismo.

Esta Sala ha declarado que *si bien no se pueden exigir las denominadas prestaciones exorbitantes para prevenir los daños (sentencia de 6 de mayo de 1994), no sucede así con las que se presentan normales y medias en el desenvolvimiento de actividades industriales, como aquí sucede, y vienen impuestas por las especiales circunstancias de las cosas.*

L. T. M.