

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

«*ACTIO COMMUNIDIVIDUNDO*»: NO ES PRECISO DEMANDAR A TERCEROS QUE NO SEAN INTERESADOS DIRECTOS. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1996.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* ejercitada sin traer a los autos a las personas con quienes los copropietarios tenían constituida la obligación de entregarles la mitad del precio que se obtuviera con la venta de la finca común.

Doctrina de la sentencia.—La justificación del litisconsorcio pasivo necesario ha de buscarse en la relación jurídico-material controvertida en el pleito, exigiendo la presencia de todos los interesados directos en ella, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios. En el caso debatido, la sentencia que recaiga en el litigio, en el que sólo se ventila la división de la cosa común, no puede en ningún caso afectar a las personas con quienes los copropietarios tenían la obligación de entregarles la mitad del precio que se obtuviera con la venta de la finca común, pues esta obligación nace de otro título distinto, totalmente independiente y extraño a la relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración.

ACCESIÓN: ARTIFICIAL O INDUSTRIAL. MALA FE DEL CONSTRUCTOR Y DEL DUEÑO DEL SUELO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1996.)

La buena o mala fe es un hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Cuando se aprecia mala fe en el constructor y en el dueño del terreno y se aplican, según el artículo 364 del Código Civil, las mismas reglas que para el caso de buena fe de ambos propone el artículo 361, no cabe privar al dueño del suelo del derecho a adquirir la edificación previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil e imponerle la

solución de que venda el terreno al constructor, sino que debe aplicarse en sus propios términos dicho precepto del artículo 361.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. OBJETO. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1996.)

Cuando el pretendido dominio del actor es de fecha posterior a la existencia del embargo, en el contraste de los respectivos instrumentos jurídicos debe decaer la acción de tercería.

El objetivo fundamental de las acciones de tercería de dominio es que, con base en una posición jurídica de carácter dominical del actor y si la misma es prevalente, se pueda alzar la medida del embargo trabada, sin que ello suponga una declaración *ad hoc* sobre el dominio en cuestión de la finca embargada.

RETRACTO DE COMUNEROS: COMPUTO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1996.)

El artículo 1.524 del Código Civil fija el plazo de nueve días desde la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, pero el precepto no resulta cerrado, ya que también establece que dicho plazo de caducidad, al no haber inscripción registral, cuenta desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación; conocimiento que no se refiere a tener noticia o mera información, sino necesariamente a haber sabido y entendido todos los pactos y condiciones de la enajenación.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUSPENSIÓN POR INTERPOSICIÓN DE TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La tercería de dominio no es idónea para impugnar la existencia de una hipoteca sobre el inmueble controvertido. Por naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y en su consecuencia atacar el embargo trabado y pedir su alzamiento.

La exigencia del artículo 132.2.º LH de aportar un título inscrito junto con la demanda de tercería de dominio es un requisito inexcusable de admisibilidad de la demanda para lograr la suspensión del procedimiento sumario. En caso de haberse aportado un documento privado, el procedimiento de tercería debe reputarse nulo.

COMENTARIO

Indica ROSA SASTRE que la tercería de dominio del artículo 132.2.º LH exige tantos requisitos, que difícilmente podrá producirse. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que se trata de un supuesto excepcional, pues en casos normales

no es factible imaginar un título de propiedad inscrito con anterioridad a la hipoteca por un tercero, por lo que esta causa de suspensión del procedimiento judicial sumario no tiene lugar en la práctica y ninguna sentencia se refiere a ella.

Únicamente en el sentido de desestimar la tercería de dominio e inadmitir la suspensión, cabe citar las Sentencias de 4 de febrero de 1987 y 26 de septiembre de 1991. Como dijo la primera de ellas, el procedimiento judicial sumario obliga a extremar las precauciones sobre la admisión de tercerías, cuya primera medida a adoptar es la suspensión del procedimiento ejecutorio, razón por la que el artículo 132.2.º LH fuerza la investigación y examen de los títulos acompañados por el tercerista.

Sin embargo, la Sentencia de 22 de julio de 1994 recordó que el procedimiento judicial sumario no tiene carácter definitivo, pues en cualquier caso cabe el juicio declarativo correspondiente, y predicó igual naturaleza de un incidente de suspensión del artículo 132 LH, iniciado en el Juzgado de Primera Instancia como cuestión puramente incidental de otra principal, negando su acceso a la impugnación casacional.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO. REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

El éxito de la acción real reivindicatoria lleva consigo necesariamente la reintegración al vencedor de la posesión de cosa de su propiedad que indebidamente ostenta el vencido. No se trata, pues, de obtener una mera declaración de que al actor le corresponde la titularidad de la cosa, que es el objeto específico de la acción declarativa, protectora también como la reivindicatoria de la propiedad, pero distinta por sus efectos y consecuencias.

Procede la desestimación de la acción reivindicatoria por falta de identificación de lo reclamado.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. AGREGACIÓN DE UNA FINCA A OTRA HIPOTECADA: ARRASTRE DE CARGAS. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El Banco Hipotecario de España como acreedor hipotecario cuenta con un procedimiento ejecutivo especial regulado en los artículos 91 a 94 de los Estatutos de dicho Banco, aprobados por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928. Dichos preceptos recogen lo establecido por los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de dicha entidad bancaria de 2 de diciembre de 1872.

Hay que tener en cuenta la viabilidad constitucional de la característica fundamental del procedimiento ejecutivo hipotecario especial de la Ley de 2 de diciembre de 1872, que constituye un verdadero proceso de ejecución, sin fase alguna de cognición y que relega toda reclamación u oposición a un juicio declarativo ordinario posterior, manifestado así por la STS 6/1992, de 16 de enero, que puede estimarse como epítome de otras anteriores, cuando proclama refiriéndose al procedimiento sumario del artículo 131 LH —de

absoluta similitud al que se contempla— que clara y taxativamente ha de reiterarse que su regulación y fundamento no afecta *per se* al derecho fundamental que se contiene en el artículo 24.1 CE.

La doctrina constante y pacífica del Tribunal Constitucional sobre la indefensión puede centrarse en tres puntos: a) Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso. b) La indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE no nace de la simple infracción de las normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. c) La Constitución Española no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio a alguna de las partes. En la litis enjuiciada no ha existido indefensión procesal formal, pues se cumplió la citación al deudor para la subasta por cédula y por edictos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de 2 de diciembre de 1872; ni tampoco ha existido indefensión material en el trato procesal sufrido por la parte ejecutada y ello por el dato del conocimiento extraprocesal que tuvo con anterioridad de la celebración de la subasta.

Que se haya extendido la finca, garantía de la hipoteca, con una nueva agregada que ha dado lugar a otra finca registral, no sólo no contradice para nada el artículo 110 LH, que sólo se refiere a la extensión de la hipoteca a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, sino que no altera para nada el *sustratum* de la garantía hipotecaria, en todo caso, si así fuera, lo sería para aumentar la base de la misma. Y en este sentido es clarificadora la inscripción efectuada en el Registro de la Propiedad. Además, no tiene nada que ver, por lo menos en sus consecuencias, que la finca primigenia fuera la que figurara en la demanda, la anunciada en los edictos y la subastada y la adjudicada, para que la escritura pública derivada de la adjudicación en subasta se refiera a la resultante con la agregación, porque tanto en el fondo como en la forma la finca sujeta por la hipoteca aparecía en dicha escritura.

COMENTARIO

Permítasenos extender el comentario de esta sentencia a las siguientes materias: A) especialidades del proceso de ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario de España; B) conceptos de agrupación y agregación de fincas, y C) arrastre de cargas en la agrupación y agregación de fincas.

A) Respecto a las **especialidades del proceso de ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario de España**, la STC 4/1981, de 18 de diciembre, declaró que la ausencia de contradicción, característica común a este procedimiento y al del artículo 131 LH, no produce indefensión ni su inconstitucionalidad *ex* artículo 24 CE; pero no entró a analizar el privilegio del Banco Hipotecario, porque los demandantes del amparo utilizaron como término de comparación el juicio ejecutivo ordinario de los artículos 1.429 y siguientes LEC y no el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Con posterioridad, las especialidades de la ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario fueron declaradas aplicables en SSTs de 18 de junio de 1991 y 17 de junio de 1994, y en RDGRN de 13 de abril de 1982 (si bien en el comentario a la última de REY PORTÓLES, en esta Revista, año 1983, núm. 558, pág. 1274, y en *Escritos varios sobre hipotecas y sobre anotaciones*

preventivas de embargo, se indicó que el art. 36, inciso 2.º de la Ley constitutiva del Banco pertenecía a una regulación procedimental ya superada).

La importante STC 128/1994, de 5 de mayo, declaró la nulidad de los artículos 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y 10 a 13 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, aprobado por Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto, entendiendo que dichos preceptos son contrarios al artículo 14 de la Constitución, dado que no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario. Por ello la STC 166/1994, de 26 de mayo, entendió que no había lugar a pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad por haber sido ya declarada en la STC 128/1994 la inconstitucionalidad y nulidad de las normas legales cuestionadas, «siendo el efecto inmediato de la anulación de cualquier norma su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza». Ello no obsta a que, de conformidad con el artículo 40 LOTC y según recuerda el Fundamento Jurídico 6 de la STC 128/1994, «las consecuencias de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley no alcanzarán a los procesos ya fenecidos», como lo era el de la sentencia ahora reseñada, según resulta de sus antecedentes de hecho, y de ahí que en ella no se invoque la inconstitucionalidad del procedimiento.

Debe añadirse que la STC 128/1994 ha sido comentada por los procesalistas ROBLES GARZÓN y SENES MONTILLA (*La Ley*, 31 de enero de 1995), y por los hipotecaristas REY PORTOLES («Breve nota de alcance para acompañar el texto de la llamativa STC de 5 de mayo de 1994», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, año 1994, núm. 311; también incluida en *Estudios varios sobre hipotecas y anotaciones de embargo*, 1995); LÓPEZ MEDEL («Constitucionalismo y privilegios del Banco Hipotecario de España», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, 1995), y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, 1994). De ella hace aplicación la STS de 11 de noviembre de 1994 para declarar la nulidad del sistema de subrogación legal del adquirente; y es asimismo citada en la STS de 14 de noviembre de 1996, reseñada *infra*.

B) Otro aspecto a destacar, en relación con los últimos pronunciamientos recogidos, es la necesidad de diferenciar los **conceptos de agrupación**, reunión de dos o más fincas para formar una nueva; y **agregación**, que en sentido propio u ordinario se refiere a la agregación de parte de finca segregada a otra finca inscrita, aunque en sentido impropio o especial abarca una operación de sustitución de la agrupación, consistente en la agregación de una finca inscrita a otra. Esta última hipótesis de segregación fue preconizada por MORELL, LACRUZ y CAMY, admitida por la RDGRN de 14 de marzo de 1975 y recogida por el artículo 48 RH, redactado por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 (con rectificación de errores de 17 de diciembre de 1982).

Aunque la terminología de la sentencia que comentamos es equívoca, el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha puntualizado que «la agrupación hipotecaria de fincas produce la extinción o cierre del folio registral correspondiente a cada una de las agrupadas, cuyas vicisitudes, por tanto, no pueden ser ya incorporadas al mismo, procediéndose a la apertura de otro nuevo para la finca resultante de dicha agrupación» (Sentencia de 4 de junio de 1993) y que «el simple hecho de la agrupación ya llevaba en sí una nueva finca que como tal constituía una entidad registral también nueva, independiente y

totalmente distinta de las que la componían, y que desde este momento quedaban extinguidas, surgiendo como consecuencia una titularidad única» (Sentencia de 12 de noviembre de 1978). Según la RDGRN de 13 de enero de 1995, lo que singulariza la agregación es el hecho de que con tal operación la finca principal, aquella a la que se agrega la superficie de otra u otras ya inscritas, conserva su propia individualidad y con ello su número de identificación registral y el Registrador no puede por sí solo sustituir un tipo de modificación de entidad registral por otra que siendo optativa para el interesado no fue la elegida por él.

La distinción tiene sus consecuencias, no sólo en cuanto a la mecánica registral, sino también en el campo fiscal, pues a efectos del gravamen gradual de actos jurídicos documentados, la base imponible en caso de agregación será el valor de la finca que se agrega, mientras que en caso de agrupación vendrá constituida por el valor de todas las fincas que se agrupen, y así lo explicó la Dirección General de Tributos en respuesta de 4 de mayo de 1995 a consulta formulada al efecto.

Sin embargo, es cierto que tras la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982 se ha producido una aproximación entre ambas operaciones y ha pasado a ser criterio de distinción el meramente cuantitativo del artículo 48 RH, que exige que en la agregación la extensión de la finca a la que se agregue otra, otras, una o varias partes que se segreguen, represente, por lo menos el quíntuplo de la suma de las que se agreguen. Quizá por ello el Arancel de los Registradores de la Propiedad, aprobado por Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, establece en su número 2, apartado 2.a), que en las agrupaciones y agregaciones se tomará como base el valor de la finca resultante (aplicado por la Junta Directiva del Colegio de Registradores en Resolución de 17 de abril de 1990, sobre impugnación de honorarios y, asimismo, por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 1 de junio de 1990).

C) Finalmente, conviene precisar otro aspecto no suficientemente aclarado en esta sentencia, como son las consecuencias de la agrupación o agregación de fincas, hallándose alguna o algunas de ellas hipotecadas. El **arrastré de cargas en la agrupación y agregación de fincas** puede considerarse un arrastre puramente tabular o librario (art. 48, párr. 2.º y art. 51, regla 7.ª RH) que por sí solo no significa que la hipoteca cambie de extensión objetiva respecto de la finca gravada (art. 110.1.º LH). La RDGRN de 11 de mayo de 1978 aplica esta regla en el supuesto en que una de las fincas agrupadas esté afecta a un derecho de reversión a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, afirmando que los titulares de derechos reales sobre las fincas no se verán afectados por la agrupación realizada, y que en este sentido el artículo 110.1.º RH presupone que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la otra porción agrupada. ROCA SASTRE entiende que *la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada*, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones; como la agrupación no afecta para nada al derecho del acreedor hipotecario, si éste procede a la ejecución y se enajena forzosamente la finca hipotecada que se agrupó, se producirá una desagrupación de la misma. Igualmente, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA sostiene que si se agrupa una finca o varias fincas hipotecadas con otra u otras que no lo están y se insta el procedimiento judicial sumario sobre la porción hipotecada, el correspondiente mandamiento de cancelación puede llevar consigo la desagrupación de la finca por ser una operación posterior a la hipoteca.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE FALTA DE TÍTULO DEL POSEEDOR. POSESIÓN DE MALA FE. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1996.)

Para la eficacia de la acción reivindicatoria, además de la existencia de título por parte de quien reclama la propiedad y de la identificación de la cosa, se requiere la falta de título que permita la continuación de la posesión por parte del poseedor no propietario.

La buena o mala fe del poseedor es una cuestión de hecho cuya determinación compete al juzgador de instancia en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos ampliamente examinados por la instancia. A partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, esa impugnación casacional sólo podrá hacerse alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el cauce procesal del actual número 4.º del artículo 1.692 LEC y con invocación de las normas valorativas de prueba que se estimen infringidas.

DOBLE INMATRICULACION. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1996.)

Hechos.—El titular registral de una finca instó la declaración de nulidad del título por simulación absoluta y la cancelación de la inmatriculación practicada al amparo del artículo 205 LH de otra finca con diferente descripción registral, pero referida al mismo inmueble. El Juzgado de Primera Instancia declaró que la compraventa entre los demandados carecía de causa verdadera y condució a la declaración de nulidad del negocio por falsedad de aquélla (arts. 1.261, 1.275 y 1.276 del Código Civil), quedando desvirtuada la presunción legal de su existencia (art. 1.277 del Código Civil). La Audiencia Provincial dedujo que la titulación estaba «prefabricada» para obtener el acceso al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 205 LH y que no podía proclamarse su validez porque en su biología se infringieron los artículos 1.261.2.º y 3.º, 1.275, 1.276 y 1.300 del Código Civil y confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El fallo recoge los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial y añade que, por si fuera poco, la existencia de la causa es una cuestión de hecho y la determinación de su existencia es de orden fáctico; e incluso la existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es una cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por vía adecuada.

TERCERO HIPOTECARIO: NO ESTA PROTEGIDO FRENTE A LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1996.)

La nulidad del artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio es absoluta o de pleno derecho y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se han mostrado estrictos a la hora de su aplicación. Difícilmente puede aceptarse con una hermenéutica ajustada que los actos de enajenación o administración del quebrado, en cuanto negocios bilaterales realizados con otra parte contratante, no sean en todo caso afecta-

dos de nulidad radical, incluso en el supuesto de que el adquirente hubiera inscrito su derecho en el Registro Inmobiliario, pues el citado precepto contiene una presunción de fraudulencia *iuris et de iure* y es, sobre todo, una norma legal específica dictada para las quiebras que no admite excepciones en razón de la *pars conditio creditorum*. Problema distinto es el de considerar en los supuestos en que tal evento ocurra si el subadquirente se encuentra protegido por el artículo 34 LH, cuando concurran los requisitos en favor de tal aplicación a los negocios nulos. Mas la disputa sobre los derechos del tercer adquirente registral y de la protección otorgada por el artículo 34 LH resulta estéril y fuera del tema fáctico en el supuesto enjuiciado, ya que el objeto de lo que se debate no viene constituido por la propiedad de inmuebles, ni por derechos reales con acceso al Registro Inmobiliario, sino por derechos de arrendamiento y consiguientes derechos de traspaso sobre puestos de mercado.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1996.)

La notificación y requerimiento hechos en el domicilio señalado en la escritura de hipoteca son ajustados a derecho, cuando dicho domicilio no ha sido modificado utilizando la facultad de alteración que concede el artículo 130 LH (manifestación del cambio, conformidad del acreedor y constancia en el Registro de la Propiedad).

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

Basta el válido acuerdo de la Junta de Propietarios autorizando al presidente para el ejercicio de la acción interdictal contra el propietario de un local que realizó obras de ahondamiento en el subsuelo. Si se desestimó aquella por estar ya terminadas las obras, el declarativo era consecuencia lógica de la inicial contienda y la última posibilidad legal que restaba a la comunidad para hacer valer sus derechos frente a quien los vulneraba, para lo cual no era necesaria nueva convocatoria de la Junta, siempre que no cambiase el contenido de la pretensión autorizada.

No cabe duda de que suelo y subsuelo constituyen elementos comunes, de manera que excavar la arena del segundo, dándole al local una altura o profundidad adicional, constituye la realización de obras que afectan al título constitutivo y han de someterse al régimen del artículo 16.1 LPH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

La ampliación de un local comercial sobre un terreno anejo al mismo, al contribuir a la configuración definitiva del edificio, afecta al título constitutivo y, consiguientemente lleva consigo una alteración en la estructura que precisa del consentimiento unánime de los demás miembros de la comunidad, consecuencias que dimanar de la aplicación de los artículos 5, 7, 11 y 16 LPH y de la constante doctrina jurisprudencial pronunciada sobre el particular.

PROPIEDAD: LIMITACIONES. RELACIONES DE VECINDAD. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Vertidos de escombros procedentes de explotación minera a la propiedad colindante situada a una altura inferior.

Doctrina de la sentencia.—La situación geográfica de la concesión le obligaba a tomar las medidas necesarias para que sus vertidos no fuesen a parar a la concesión colindante situada a una altura inferior y, no haciéndolo, incumplió el deber de previsión con infracción de los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil por el daño producido, o bien, con el mismo efecto jurídico, aunque se previesen las consecuencias, no se adoptaron aquellas medidas, dado que con las medidas de seguridad adecuadas los deslizamientos de escombros no se darían; como asimismo incumplió el artículo 348 del Código Civil en cuanto a invasión de la finca propiedad de otro. Los propietarios de la finca invadida tienen derecho de gozar de su propiedad como bien los pareciere, e impedir las inmisiones voluntarias en su recinto practicadas por otro contra su voluntad.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCEDIMIENTO EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en su Disposición Final 1.^a, apartado 2, determina como Juez competente para conocer del procedimiento del artículo 131 LH, cualquiera que sea la cuantía de la obligación, el Juez de Primera Instancia del partido en que radique la finca, no teniendo aplicación las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la LEC (arts. 56, 57 y 58). El Tribunal Constitucional, en Sentencias de 5 y 26 de mayo de 1994 declaró la nulidad de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, basándose en que el procedimiento de ejecución de dicha entidad supone un privilegio no justificado desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, utilizando como término de comparación el regulado en el artículo 131 LH.

No existen normas específicas que predeterminen la competencia territorial para los procedimientos instados por el Banco Hipotecario que eliminen el fuero procesal de la LEC (arts. 62 y 63); por lo que ha de partirse de la concurrencia de la cláusula de sumisión expresa para determinar su eficacia y alcance respecto a la competencia de los Juzgados para conocer de estos procedimientos hipotecarios especiales.

En esta línea ha de tenerse en cuenta la más moderna doctrina jurisprudencial respecto a los pactos de sumisión que autoriza el artículo 57 de la Ley Procesal Civil, acomodada a la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que encuadra dichas cláusulas de sumisión en el concepto de abusivas, pues los préstamos hipotecarios otorgados en el caso de autos se han de calificar como contratos de adhesión, en los que la negociación bilateral es mínima, imponiendo el Banco Hipotecario condiciones y privilegios, lo que hace aplicable

el fuero que establece el artículo 62.3.º LEC y por ello procede decretar la competencia a favor del Juzgado donde están situadas las fincas perseguidas.

COMENTARIO

Ya la STC 128/1994, de 5 de mayo, recogió dentro del cuadro jurídico en que se desenvuelve el proceso de ejecución en favor del Banco Hipotecario de España la Disposición Final 1.^a, apartado 2 de la Ley 10/1992, y aunque algunos órganos judiciales proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad invocaron el privilegio que en favor del Banco Hipotecario constituía la admisibilidad de cláusulas de sumisión expresa, el Tribunal Constitucional, al llegar a la conclusión de que el proceso en sí es contrario al artículo 24 CE, no entró a examinar las objeciones puntuales formuladas y, entre ellas, la de la competencia territorial.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. CONTRIBUCIÓN A GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El artículo 16, norma 1.^a LPH exige el acuerdo de la Junta de propietarios por unanimidad para que sea válida la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos; y lo mismo ha de predicarse respecto a la sustitución del sistema de contribución a los gastos comunes.

INMATRICULACION POR CERTIFICACIÓN DEL ARTICULO 206 LH A FAVOR DE LA IGLESIA CATÓLICA. DOBLE INMATRICULACION. MONTES VECINALES EN MANO COMÚN. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Doble inmatriculación de ermitas ubicadas en montes vecinales en mano común en Galicia, inscritas a favor de la Iglesia católica y a favor de unas comunidades vecinales.

Doctrina de la sentencia.—Aunque el alegato de inconstitucionalidad del artículo 206 LH se integra en el suplico de la demanda sin otra finalidad que la instrumental de apoyo y de refuerzo a la petición principal y carece de intensidad casacional para apreciar vicio de incongruencia y la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha de entrar en su análisis, conviene hacer constar su opinión en la cuestión al darle ocasión casacional para ello. La inmatriculación de bienes de la Iglesia católica, cuando los mismos están desamparados de título inscribible, en principio puede suponer desajuste con el principio constitucional de aconfesionalidad del Estado español (art. 16.3 CE), no coincidente con la situación existente en el siglo pasado, concretamente referida a la Ley de Desamortización General de los Bienes del Estado y de la Iglesia católica de 1 de mayo de 1855 y al Convenio-Ley de 4 de abril de 1860, que propiciaron la inscripción registral de los bienes que quedaron en poder de la Iglesia y excluidos de la venta forzosa, arbitrándose una fórmula similar a la establecida para el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes estatales y que consistía en la certificación eclesiástica, no de dominio sino de pose-

sión, y este título es el que en la actualidad tiene difícil encaje en el artículo 3 LH.

El precepto registral 206 se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad la Iglesia católica no se encuentra en ningún sitio especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto de otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 CE.

En el supuesto enjuiciado, la propiedad de la Iglesia tampoco encuentra amparo en la inmatriculación que de los bienes litigiosos fue practicada por la vía del artículo 206 LH en fecha posterior a la que figura a favor de las comunidades vecinales. La inscripción a favor de la Iglesia, sin perjuicio de la suspensión de efectos respecto a terceros por el plazo de dos años desde su fecha, conforme al artículo 207, expresa una presunción *iuris tantum* de legitimación que cede ante realidades extrarregistrales, como es la usucapión extraordinaria y en el caso del recurso la posesión inmemorial de los montes y carballeiras donde se ubican las ermitas a favor de las comunidades de vecinos, y sobre todo ante su titularidad inscrita anterior.

Es exigencia básica de nuestro ordenamiento registral, de conformidad con los principios de legitimación, tracto y salvaguarda judicial de los asientos, la improcedencia de toda inmatriculación cuando la finca que se pretende ingresar, perfectamente identificada, está ya inscrita a favor de otra persona, lo que no se puede obviar acudiendo a formar arbitrariamente enclaves y segregaciones carentes de toda justificación.

La vida jurídica de los montes comunales y vecinales en Galicia se desarrolló en el exclusivo campo del derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, que estructuró las características de esta peculiar institución jurídica. Esta doctrina jurisprudencial que fue en parte recogida en la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, su Reglamento de 22 de febrero de 1962, y artículos 88 y 89 de la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, derogada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, y actualizada en el artículo 14 de la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, en la procura de una regulación y consolidación de las titularidades a favor de los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, en régimen de comunidad germánica o de mano común, con las notas inseparables de ser indivisible, inalienable e imprescriptible y de no atribución de las titularidades ni a los municipios u otros entes locales, pues éstos si alguna intervención ostentan en los mismos sólo ha de entenderse como intervencionismo administrativo para el mayor disfrute y aprovechamiento intervecinal.

La consolidación legislativa está representada por la Ley de 27 de julio de 1968, sobre Montes Vecinales en Mano Común, cuyo artículo 5 facilita la inscripción en el Registro a nombre de las respectivas comunidades titulares con base en la resolución del Jurado Provincial. Dicha Ley fue desarrollada por el Reglamento de 26 de febrero de 1970. La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, regula los Montes Vecinales en Mano Común, con independencia de su origen, para consagrar la titularidad de las agrupaciones vecinales en su condición de grupos sociales y no como entidades administrativas y en su artículo 13 —sin perjuicio de la salvedad de su DT 1.ª—

dispone que la clasificación del Jurado Provincial produce el efecto de atribuir la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente y servir de título para su inmatriculación registral, estableciendo así una presunción legal que no impide discutir el dominio en vía judicial, pues el precepto resulta previsor, al admitir que la atribución de propiedad pueda ser destruida por sentencia firme en contra pronunciada por la jurisdicción ordinaria.

El ordenamiento jurídico gallego cuenta en la actualidad con su específica regulación, al haberse aprobado y regir la Ley 13/1989, de 13 de octubre, que también atribuyó la propiedad de estos inmuebles a las agrupaciones vecinales, disponiendo su artículo 13 que la resolución firme de clasificación de un terreno como monte en mano común atribuye la propiedad a la comunidad de vecinos correspondiente en tanto no exista sentencia judicial que lo contradiga.

COMENTARIO

GÓMEZ GÁLLIGO comenta esta sentencia en el Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña (año 1997, núm. 72, pág. 325), subrayando como consideración más importante su declaración *obiter dictum* de la posible inconstitucionalidad del artículo 206 LH y señalando que la cuestión no se aborda en la reciente adición de un nuevo párrafo al precepto, llevada a cabo por el artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Además, sobre las materias tratadas en la sentencia pueden verse sendos artículos publicados en esta misma revista: «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el diocesano», de HAZA DÍAZ (año 1995, núm. 630, pág. 1585), y «La protección registral de los montes vecinales en mano común», de CORRAL DUEÑAS (año 1995, núm. 634, pág. 823).

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS SOBRE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Las obras de cercamiento o cerramiento del edificio no integran alteración de la estructura o fábrica del mismo o de sus elementos comunes, ni afectan al título constitutivo, por lo que para la ejecución de las mismas basta el acuerdo de la mayoría de propietarios, el cual puede ser impugnado por los disidentes dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 16, regla 4.^a LPH.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* sobre vivienda y garaje anexo que obtuvieron la calificación de VPO.

Doctrina de la sentencia.—La indivisibilidad de la cosa común puede ser no sólo real, sino también jurídica, entendiéndose ésta cuando el bien resulta in-

servible para el uso a que se destine, se produce un anormal desmerecimiento o genera un gasto considerable para los condóminos; e incluso cabe apreciarla cuando concurren especiales circunstancias artísticas, históricas o económicas arraigadas que lesionan gravemente el acervo y caudal cultural de un pueblo y perturbarían intereses sociales fundamentales de la colectividad, proclive a que se mantenga la unidad de la propiedad, ocasionando rechazo grave la división; e incluso también pueden jugar factores de seguridad ciudadana.

Sentado lo anterior y no estando conformes los litigantes en que se lleve a cabo la adjudicación a uno de ellos, abonando la parte económica correspondiente al otro, ha de entrar en juego la forma subsidiaria para hacer cesar el estado de indivisión que establece el artículo 404 del Código Civil y es la venta y reparto del precio. Ello aunque en el futuro exista la posibilidad de que los precios que pudieran obtenerse de la venta en licitación pública sobrepasen los oficiales, dado que la legislación de VPO no prohíbe sus transmisiones sucesivas y de producirse, aun rebasando los precios máximos, estas ventas ulteriores no serían radicalmente nulas, conforme ha declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de febrero y de 24 de junio de 1991, que decretan improcedente la nulidad total del negocio y procedente la nulidad parcial de la obligación relativa de precio pactado con exceso. Conforme a nueva doctrina, no afecta a la validez de la compraventa el pacto de precio superior al oficial, que sólo ocasiona infracción administrativa, con sanciones económicas y pérdidas de beneficios.

DOBLE VENTA. TERCERO HIPOTECARIO: BUENA FE. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Aunque la buena fe sólo se menciona en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil, reiterada jurisprudencia la considera también requisito fundamental en la hipótesis del párrafo 2.º La concurrencia de mala fe constituye cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada al juzgador de instancia. La existencia de mala fe requiere una declaración expresa.

La buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente. En el supuesto de autos, como en el momento de la adjudicación judicial derivada de un juicio ejecutivo y posteriormente inscrita ya existía otra precedente en otro juicio ejecutivo, llevada al Registro de la Propiedad mediante la aportación de la documentación motivadora del correspondiente asiento de presentación, que se canceló por caducidad, nada obsta a la conclusión de que esta segunda venta judicial pudo ser conocida por los terceros interesados en la adquisición de la finca, que figuraban implicados en otro procedimiento judicial afectante al mismo inmueble, máxime cuando quedaban obligados a agotar el cuidado para descubrir la real situación de la finca, y la consulta registral para este fin era el medio idóneo para alcanzar dicha noticia.

La tipificación de la doble venta requiere, para su existencia, la no consumación de la primera al tiempo del perfeccionamiento de la segunda, puesto que, en caso contrario, se produce la situación de enajenación de cosa ajena por falta de objeto de la posesión, que jurídicamente deriva en la inexistencia de ésta.

HIPOTECA: CLAUSULAS DE INTERÉS VARIABLE. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—En escritura de préstamo hipotecario a interés variable se pactó como tipo de interés de referencia el preferencial del Banco prestamista para operaciones de crédito y préstamo a un año comunicado al Banco de España, desaparecido a la fecha del otorgamiento de conformidad con lo dispuesto en la Circular 11/1988, de 11 de julio, del Banco de España.

Doctrina de la sentencia.—Es correcta la labor de búsqueda de un criterio aplicable una vez que la entidad prestamista dejó de publicar y comunicar al Banco de España el tipo preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año. Sin embargo, las sentencias de instancia no respetan lo pactado, pues aluden a un módulo de revisión (interés de préstamos hipotecarios) distinto del acordado, siendo así que para el cálculo de ambos intereses se siguen distintos procedimientos. El Tribunal Supremo establece como tipo de interés de referencia la media aritmética de los tipos de referencia para operaciones de crédito y préstamo a un año de determinados Bancos, que en la escritura de préstamo hipotecario se tomaba en consideración para fijar los límites de variabilidad del tipo de referencia; todo ello en tanto no se publiquen y comuniquen al Banco de España por el prestamista los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año.

El pago de los intereses ya revisados y calculados por el Banco prestamista no significaba en modo alguno aceptación a lo hecho por el mismo, como lo demuestran las reclamaciones del deudor al Banco y al Servicio correspondiente del Banco de España. El pago fue obligado para que la entidad prestamista no diera por vencido el préstamo en caso contrario. Si siempre son sospechosas de ilicitud las cláusulas *solve et non repete*, la intimación y coacción económica de la cláusula pactada la haría sin duda nula de pleno derecho con arreglo al artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero en el litigio es inaplicable por la naturaleza de la obligación (préstamo con hipoteca para la adquisición de una oficina de farmacia), que la hace incidir en el supuesto que prevé su artículo 1.3.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Uno de los requisitos indispensables para que pueda surgir la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH, es que el adquirente sea de buena fe, condición esta *sine qua non* para que sea aplicable el mencionado precepto hipotecario. La buena fe que el artículo 34 LH exige a los que desean ampararse en la protección registral consiste, en su aspecto positivo, en la creencia de que la persona de quien recibió la finca era dueño de ella y podía transmitir su dominio, como indica el artículo 1.950 del Código Civil, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente. En el caso enjuiciado no se da el aspecto positivo ni el negativo mencionados, desde el instante en que el contrato de compraventa es nulo por simulación absoluta.

PROPIEDAD URBANA: CONTENIDO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Disponía el artículo 76 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»; principios que han sido recogidos por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y el Texto Refundido de 26 de junio de 1992, siendo facultad de la autoridad administrativa competente la determinación del concreto contenido de propiedad de cada parcela (aunque el mismo esté sometido al *ius variandi* propio del planeamiento). A tal determinación han de estar los órganos jurisdiccionales del orden civil que no podrán modificar con sus resoluciones el régimen así establecido, por tratarse de una materia sometida con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: EN VENTA FIDUCIARIA. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS. EN CASO DE VENTA FIDUCIARIA. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El negocio jurídico consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Cuando no envuelve fraude de ley, el contrato es válido y eficaz.

En el supuesto litigioso, el vendedor ejercitó una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien y la debida identificación de la cosa; y lo hizo con el objetivo de recuperar del dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la *fiducia cum amico* inscrustada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de la acción.

ACCIÓN CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO INSCRITO CONLLEVA LA CANCELACIÓN DEL ASIENTO. DOBLE VENTA. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La declaración judicial de nulidad o ineficacia del contrato cuyo contenido ha tenido reflejo en el correspondiente Registro lleva implícita la consecuencia de la cancelación de los asientos registrales correspondientes.

La mala fe con que actuaron los segundos compradores por el conocimiento que tenían de la pertenencia de las fincas a persona distinta del vendedor, constatada por el órgano *a quo*, prevalece como auténtica *quaestio facti*.

Cuando se difiere un lapso considerable entre una venta y otra, el supuesto litigioso no deberá resolverse por el juego del artículo 1.473 del Código Civil, sino fundamentalmente por el principio fundamental del *nemo dat quod non habet*, o sea, que la segunda venta se produce cuando se carece de facultad dispositiva sobre el objeto de dicho negocio.

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: CANCELACIÓN PARCIAL. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Hipoteca sobre varias fincas con cláusula de cancelación parcial de las responsabilidades hipotecarias que pesan sobre las mismas «a medida que se vayan realizando los pagos».

Doctrina de la sentencia.—Conceptualmente la parte pagada por intereses se corresponde con el uso o disfrute del capital, e incluso con la desvalorización del dinero prestado, consumiéndose día a día, y reduciéndose a medida que disminuye la cuantía de capital en poder del deudor, por el contrario las sumas correspondientes a la amortización del capital reducen la deuda, aminoran el riesgo y, en definitiva, van paulatinamente liberando la garantía que se prestó. Estas consideraciones conducen a estimar que la expresión pagos realizados debe entenderse referida sólo a la parte imputable al principal de la deuda y no a los intereses.

COMENTARIO

En la **cancelación parcial** de hipoteca constituida sobre varias fincas con distribución de responsabilidad hipotecaria, el importe del pago liberatorio respecto de una de ellas resulta claramente del artículo 221 RH, que permite al tercer poseedor «pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas». Lo mismo dispone el artículo 120 LH para la ejecución parcial, que producirá también la cancelación parcial de la hipoteca por realización de la misma, permitiendo repetir contra cada uno de los bienes hipotecados en poder de terceros adquirentes «por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses». Recordemos que la facultad de pago parcial sólo la tiene el tercer poseedor; el deudor sólo la tendrá cuando el acreedor lo acepte voluntariamente, o cuando se haya pactado así, dada la regla de indivisibilidad de la prestación que establece el artículo 1.169 del Código Civil.

Otro importante problema que plantea la cancelación parcial en este caso es el de la determinación de las fincas liberadas, cuando el importe satisfecho pueda aplicarse a varias de ellas. Dicha determinación corresponde al deudor (art. 124 LH), por lo que deberá prestar su consentimiento a la cancelación que otorgue el acreedor. El pacto que contiene la renuncia de tal derecho por el deudor debe reputarse ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público y no es inscribible (RRDGRN de 25 de noviembre de 1935 y 27 de enero de 1986).

Distinto es el supuesto de falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria, permitido por el artículo 123 LH, y en el que para la cancelación parcial se requiere, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparecen como adquirentes, con posterioridad a la hipoteca, de las fincas, a excepción de los dueños de aquéllas cuyo gravamen sea totalmente cancelado (según doctrina de la DGRN en Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989 y 15 de junio de 1993, criticada por CARBONELL SERRANO y NAVARRO DÍAZ en el año 1989, núm. 593 de esta revista).

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACIÓN POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1996.)

A la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal la representa en juicio y fuera de él su presidente (art. 12 LPH); por ley, pues, es él quien debe otorgar los poderes a los procuradores y los poderes serán válidos aunque la persona del presidente cambie con posterioridad. Como también serán válidas las actuaciones procesales aunque durante el proceso cambie el presidente, sin que ello provoque crisis personal subjetiva. La acreditación de dicho cargo se produce con la certificación de la Junta, sin que sea precisa otra demostración.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACIÓN POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Los presidentes poseen legitimación para plantear, en nombre de la comunidad, reclamaciones por obras defectuosas que afecten a los elementos comunes o a los privativos, de manera que, por la representación orgánica correspondiente a aquéllos con base en el artículo 12 LPH, están investidos de mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos —generales o de los propietarios en particular— del colectivo que representan.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES. REPRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal, con partes privativas y comunes, todo lo que no aparece titulado como privativo se debe considerar común.

Según el tenor del artículo 12 LPH, el presidente, en la representación orgánica correspondiente a lo dispuesto en dicho precepto, está facultado para litigar con apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses de la comunidad, de manera que interviene como un órgano comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya individual, por lo que no necesita la autorización de la Junta de Propietarios para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

TRADICIÓN REAL. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La entrega de la vivienda, que pasó a la disponibilidad dominical de los terceristas, al margen de que no se hubiera otorgado escritura pública, implica el cumplimiento en forma suficientemente constatada del requisito de la *traditio* que exige el artículo 609 del Código Civil. Se trata de efectiva tradición material que contempla el artículo 1.462 del Código Civil.

El otorgamiento de escritura pública es requisito formal y de proyección registral *erga omnes* y su denegación no puede ser equiparada a negación tajante del derecho de propiedad cuando concurre contrato perfeccionado y entrega de la vivienda al adquirente.

BIENES DE DOMINIO PUBLICO: CESIÓN OBLIGATORIA Y GRATUITA A LOS AYUNTAMIENTOS. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La inclusión en un plan general de ordenación de un terreno de propiedad privada como destinado a viales y la obligación que a los propietarios del suelo urbano impone el artículo 83.3.1.º del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, aplicable al caso, de ceder gratuitamente a los Ayuntamientos respectivos los terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, no determinan por sí solas la conversión en dominio municipal de esos terrenos, sino que es necesario para ello que esa cesión gratuita de viales se produzca con la correspondiente acta de entrega y recepción que produce la transmisión al Ayuntamiento de esa titularidad dominical.

ACCIÓN REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La acción reivindicatoria requiere como primer requisito, al igual que la declarativa de dominio, la plena identificación de las fincas, cuestión de hecho a determinar por los tribunales de instancia.

El principio de legitimación registral cubre los datos jurídicos, más no las circunstancias de mero hecho, como extensión, linderos, etc., y la presunción contenida en el artículo 38 LH tiene el mero carácter de presunción *iuris tantum* destruible por prueba en contrario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACIÓN POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El presidente representa a la comunidad en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 LPH, y no precisa acuerdo de la Junta de Propietarios para reclamar a morosos, pues este requisito sólo afecta a las demandas directamente entabladas por el administrador (art. 20 LPH).

Cuando el presidente reclama a morosos, aunque hubiera actuado sin hacer constar que lo hacía en nombre de la comunidad, también está legitimado por su calidad de comunero, siempre que pida en beneficio comunitario.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. SOBRE CRÉDITOS EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

En la tercería de dominio únicamente cabe y procede discutir si en el momento del embargo el bien trabado (en el caso un derecho de crédito) pertenecía al deudor ejecutado o a un tercero que demuestra su titularidad en el momento de la traba.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE. REPRESENTACIÓN POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Conforme a la LPH, los presidentes los nombra la Junta de Propietarios (art. 12). Su nombramiento no requiere unanimidad, puesto que ningún precepto de la Ley la exige. El acuerdo de la Junta es naturalmente impugnabile pero fundándose en causa determinante de la nulidad de la designación, que no parece que concurra por la simple falta de asistencia de uno solo de los comuneros, puesto que con su presencia, idéntico habría sido el resultado.

El presidente representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten (art. 12 LPH). El presidente actúa como representante, que la doctrina y la jurisprudencia califica de orgánico, pues ni es representante legal, porque no suple la capacidad de nadie, ni es voluntario porque la representación no se la confieren los propietarios. El presidente designado pudo otorgar poderes para pleitos y con ellos iniciar el proceso en defensa de la cosa común; y además por ostentar la condición de comunero tiene facultades para litigar en defensa de la comunidad.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA NORMATIVA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS NO ES COMPATIBLE CON EL RIGOR LIMITATIVO DE LAS ACCIONES DE REPETICIÓN, IMPUESTO EN EL ARTICULO 1.844 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contenido del artículo 1.844 ha dado lugar a una evolución doctrinal según la cual los primeros comentaristas del Código entendían que se refería tanto a los cofiadores mancomunados como a los

solidarios y que cuando cualquiera de ellos pagaba por entero la deuda no podía repetir contra los **cofiadores** si no se daba alguno de los supuestos previstos en el párrafo 3.º, o sea, que el pago se hiciera en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra. Actualmente, fundada doctrina científica supera la posición intermedia según la cual este precepto sólo es aplicable a los **cofiadores** solidarios y llega a sostener que su aplicación es exclusiva de las **cofianzas** mancomunadas, porque es la especie común, salvo pacto expreso de las partes. La jurisprudencia, sin plantearse la cuestión del ámbito de aplicación del precepto en atención a la naturaleza de la fianza, mancomunada o solidaria, ha procurado mitigar las consecuencias de su rigurosa aplicación, acudiendo al expediente técnico de averiguar la razón de ser la norma, y razonable encuentra que a los supuestos de concurso o de quiebra se asimilen aquéllos en que la insolvencia general, aún no declarada, es evidente y que no debe esperarse a la demanda judicial, pues en nada favorece a los **cofiadores**.

Por todo ello, cabe concluir que la normativa de las obligaciones solidarias no es compatible con el rigor limitativo de las acciones de repetición impuesto en el artículo 1.844; que es atinado y digno de conservar el criterio jurisprudencial según el cual no debe exigirse el estricto cumplimiento del tenor del artículo 1.844, párrafo 3.º en los casos de insolvencia conocida, ni en los supuestos de pago que a todos beneficia; que por el contrario, debe aplicarse de modo inexorable a los supuestos en que el pago entero y espontáneo del **cofiador** se produzca por móviles torcidos, buscando el propio beneficio o en perjuicio de los demás **fiadores**.

EL OFRECIMIENTO DE VENTA DE LA FINCA, QUE ES RECHAZADO, NO PUEDE INTERPRETARSE COMO RENUNCIA PREVIA AL RETRACTO SI LA VENTA SE LLEVA A CABO POSTERIORMENTE CON OTRA PERSONA.
(SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala es constante en el sentido de que los nueve días se han de contar desde que el retrayente tuviere conocimiento de la venta antes de la inscripción registral, salvo que ese conocimiento fuese posterior a tal inscripción. Pero también ha declarado que el conocimiento ha de ser cabal y completo, no sólo de la venta sino de sus condiciones, sin que baste la noticia de haberse efectuado. No basta la mera noticia de la transmisión, ni menos aún de simples circunstancias presumibles posibilitadoras de conocimiento, a causa de que éste, a los fines retractuales, ha de ser claro, preciso y sin aspectos dudosos, ni por tanto con precisión de que el retrayente tenga que acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas (Sentencia de 28 de febrero de 1992).

Lo cierto es que antes de perfeccionarse el negocio transmisivo, los agentes encargados de la venta ofrecieron la finca a la actora y que no le interesó, pero no se ve que ninguna otra condición de la venta se le comunicase (por citar un ejemplo, la forma pactada de pago aplazado del precio). Además es de destacar que todavía no existía venta alguna consumada que diera lugar al nacimiento del derecho del retracto según el artículo 1.521 del Código Civil. Así las cosas, lo que la actora hizo fue rechazar un mero ofrecimiento de venta, y ello no equivale a una renuncia anticipada al retracto para cuando

naciera, pues no sabía más que el precio exigido por el vendedor, ninguna otra condición de la venta más. Dificilmente se puede renunciar anticipadamente a algo que no se conoce. La renuncia anticipada al ejercicio de un derecho tiene eficacia jurídica, no prohibiéndola la ley, cuando el renunciante tiene presente todas y cada una de las circunstancias que van a darse posteriormente, salvo que haya renunciado con expresión clara e indudable de que no le importa cuáles fuesen éstas. Por otra parte, la renuncia no puede ser objeto de deducciones o interpretaciones de palabras o actos equívocos, y en esta situación está el deducir de un mero ofrecimiento de venta no aceptado una renuncia al derecho a retraer en el futuro.

OBLIGACIONES RECÍPROCAS: SOLO PUEDE PEDIR LA RESOLUCIÓN EL QUE HA CUMPLIDO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas son aquéllas en que cada parte acreedora o deudora es, al mismo tiempo, deudora o acreedora respecto de la otra parte; cada una de las obligaciones recíprocas es contrapartida, contravalor o contraprestación de la otra; es esencial a su naturaleza la dependencia o nexo entre una y otra: es el sinalagma del que dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1993: el sinalagma está en la génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga a otra. El principal efecto de las obligaciones recíprocas es la facultad de resolución, por parte del que ha cumplido la suya, por el incumplimiento de la otra.

Elemento esencial de esta resolución es que únicamente puede exigirla el sujeto de la obligación recíproca que ha cumplido su obligación, es decir, que ha realizado su prestación; en otros términos, el «sujeto cumplidor». No puede pretender la resolución el sujeto que no ha cumplido.

EL RECARGO DEL 20 POR 100 QUE ESTABLECE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO SOLO ES APLICABLE CUANDO EL IMPAGO OBEDEZCA A CAUSA NO JUSTIFICADA. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Conviene destacar la doctrina según la cual para dar aplicación al artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro se requiere que la causa de la indemnización devenga inatacable, lo que origina que la aplicación del módulo cuantitativo del 20 por 100 únicamente se produce cuando la causa de la cantidad a abonar se encuentre previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente, pues de lo contrario sólo procede a partir de la firmeza de la sentencia que fija dicha causa y con su base la cantidad a indemnizar por aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* (Sentencias de 3 de octubre de 1991, 12 de mayo de 1993 y 5 de diciembre de 1996, entre otras).

También, según doctrina jurisprudencial, el recargo o incremento del 20 por 100 anual que establece el artículo 20 de dicha Ley, es una especie de multa penitencial que sólo puede exigirse cuando el impago de la indemnización correspondiente dentro del plazo de tres meses de la producción del siniestro, obedezca a causa no justificada o que fuera imputable al asegurador, habiéndose considerado también como una cláusula penal con trata-

miento específico o como un medio legal para evitar la morosidad injustificada en la liquidación y pago de un siniestro previamente asegurado.

CONTRATO DE ARBITRAJE: SE ENTIENDE RENUNCIADO EL ARBITRAJE CUANDO INTERPUESTA DEMANDA POR CUALQUIERA DE LAS PARTES, EL DEMANDADO REALIZA, DESPUÉS DE PERSONADO EN EL JUICIO, CUALQUIER ACTIVIDAD PROCESAL QUE NO SEA LA DE PROPONER EN FORMA LA OPORTUNA EXCEPCIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el apartado 1 del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, prescribe que el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impide a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, también lo es que dicho artículo 11 tiene un apartado 2.º que las coincidentes sentencias de la instancia han ignorado en absoluto y que esta Sala tiene el deber de tener en cuenta y aplicar, a virtud del principio *iura novit curia*. Según dicho apartado 2.º del artículo 11, las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial, agregando ese mismo apartado lo siguiente: «En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta la demanda por cualquiera de ellos, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción». Esto ha sido lo ocurrido en el proceso a que este recurso se refiere, pues la demandada, una vez personada en el proceso, en vez de limitarse a oponer única y exclusivamente la excepción de sumisión a arbitraje, contestó a la demanda en cuanto al fondo de la misma.

LITISCONSORCIO PASIVO: NATURALEZA. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La institución del litisconsorcio pasivo necesario es una figura de creación preferentemente jurisprudencial, regida por el principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas o alcanzadas por el fallo, que se encuentra en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada, la cual a su vez exige la existencia en el litigio de cuantos debieron ser parte, además de la necesidad de evitar fallos contradictorios, y porque de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, elevado a derecho fundamental por el artículo 24.4 de la Constitución Española.

LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE CAUSA EN LOS CONTRATOS ES «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La presunción que, acerca de la existencia de la causa en el contrato aunque no se exprese en el mismo, establece el artícu-

lo 1.277 del Código Civil, dada su naturaleza de presunción *iuris tantum*, puede ser destruida mediante pruebas en contrario, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso.

Ha de recordarse que es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la apreciación acerca de la existencia o no de causa en un contrato, en cuanto cuestión de mero hecho que es, compete al Tribunal de la instancia.

CONTRATO DE OBRA: CARACTERES. (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de obra es definido en el artículo 1.544 del Código Civil: contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto; cuyo concepto de obra se reconduce a la de resultado de la actividad humana. También se define como el contrato bilateral por el que una parte se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra por la realización de una obra. La esencial obligación, pues, del comitente o dueño de la obra es el pago del precio.

El contrato de obra es bilateral, produce para ambas partes obligaciones recíprocas o sinalagmáticas: cada una de las partes es al tiempo acreedora y deudora de sendas obligaciones, enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad o *sinalagma*.

Tiene declarado esta Sala que aunque el Código Civil español no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin.

LAS PREVISIONES URBANÍSTICAS NO SON CARGAS NI DEFECTOS OCULTOS, SINO LIMITACIONES DEL PREDIO. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El abono del precio en las relaciones de compraventa constituye obligación principal del comprador, facultando su incumplimiento a la parte vendedora para poder resolver.

En el actual supuesto los compradores no dejaron de abonar de forma caprichosa o por haber adoptado conducta contractual maliciosa, el precio adeudado, sino que lo suspendieron al tener noticia y haber comprobado con posterioridad a la celebración del contrato que la finca estaba afectada por el Plan General Municipal de Ordenación, que preveía la apertura de una calle en el fundo, dividiéndolo en dos porciones separadas.

Las previsiones urbanísticas no son propias cargas o gravámenes ni tampoco defectos ocultos, sino que más bien representan limitaciones y restricciones que afectan directa y esencialmente al predio enajenado, aunque no tengan realidad presente, pero sí constatada de su efectiva incidencia en un

futuro próximo, por lo que afectan esencialmente al objeto del contrato, y su ocultación es acreditativa de actuación de mala fe, que determina incumplimiento al generar error en el consentimiento de los compradores.

ACCIÓN REIVINDICATORIA. REQUISITOS. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El derecho de propiedad privada es reconocido en nuestra Constitución, cuyas bases más firmes radican en la regulación que de tal derecho se efectúa en el Código Civil. Desde el derecho romano ha estado protegido tal derecho por una serie de mecanismos procesales, entre los que destaca como medio emblemático, la acción reivindicatoria, para cuya comprensión más inmediata debe ser definida, según tradicional corriente doctrinal, como la que se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Pues bien, para el éxito de dicha acción reivindicatoria es preciso que concurren, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial emanada de la jurisprudencia de esta Sala, los siguientes requisitos:

- A) Título legítimo del reclamante, que debe probar.
- B) Identificación de la cosa reclamada, que ha de acreditarse con la debida precisión.
- C) La posesión injusta de quien posea la cosa, y a quien, en definitiva, se reclama.

Pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala determina que debe fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, objeto de la acción reivindicatoria, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama.

LOS ACTOS DE RIGUROSO DOMINIO REQUIEREN MANDATO EXPRESO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Al hallarse incluida la enajenación en la enumeración de los actos de riguroso dominio, la necesidad del mandato expreso resulta patente, por lo que la jurisprudencia en conjunto y en casos semejantes, como resalta la doctrina, trata de impedir la generalización o la indeterminación con que suelen aparecer conferidos gran número de mandatos y poderes.

Esta Sala, en definitiva, ha conciliado el contenido de los artículos 1.710 y 1.713, en cuanto declara que los referidos preceptos no son incompatibles entre sí, pues el 1.710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir, de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante en cuanto puede ser expreso o tácito y el 1.713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipoteca o llevar a cabo actividades de riguroso dominio, por lo que sin apartarse del texto legal, la denominación más adecuada y conveniente sea la de mandato especial determinado.

El mandato pues, en estos casos no sólo ha de ser especial sino además expreso, requisitos que no excluyen que se confiera de forma oral, lo cual plantea, evidentemente, un problema de prueba, dadas las dificultades inherentes a la determinación de su alcance y suficiencia.

DEPOSITO IRREGULAR: AUTORIZACIÓN PARA QUE EL DEPOSITARIO USE LAS COSAS DEPOSITADAS. OBLIGACIÓN DE RESTITUIR. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Un profesor demanda a la Universidad de C. reclamando la devolución de unos aparatos para observación astronómica que le pertenecían y que había dejado en depósito (o préstamo) a dicha Universidad. El TS acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El contrato se perfecciona con el consentimiento de ambas partes sobre un objeto y con una causa cuya existencia y licitud se presume; el contrato real, como es el de depósito, requiere además la entrega de la cosa.

El artículo 1.767 del Código Civil dispone que el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, y el artículo siguiente, 1.768, añade: «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato». Se puede estimar que en el caso de autos hubo un comodato o un depósito irregular con el concepto, este último, del depósito en que el depositario tiene permiso del depositante para usar la cosa y se hace en interés del mismo y no —como en el comodato— en el del que la recibe. En todo caso, es esencial en el depositario (y en el comodatario) la obligación de restitución de la cosa.

LOS ARTÍCULOS 1.921 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL SIRVEN DE APOYO AL EJERCICIO DE LAS TERCERÍAS DE MEJOR DERECHO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Es contra derecho afirmar que las normas del Código Civil comprendidas en los artículos 1.921 y siguientes, sólo son aplicables (y lo son) en los juicios concursales y de quiebra, puesto que son estas normas, con las demás que en nuestro derecho reconocen algún grado de prelación (sean laborales, mercantiles, tributarias, etc.), las que sirven de apoyo jurídico al ejercicio de las tercerías de mejor derecho, en las que tras hecho trance y remate de los bienes en subasta pública, obliga al órgano ejecutante a aplicar el producto obtenido según el orden que marquen los títulos de los respectivos créditos, si es que no fueren rigurosamente comunes, en cuyo caso se aplica el prorrateo.

Las tercerías de mejor derecho, en fin, son procesos en los que se produce el concurso de varios acreedores, con pretensión de cobrar sus créditos con el producto de los bienes embargados concretos y no sobre el patrimonio universal del deudor, pues esto se da en los juicios universales.

PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LUGAR A RESOLUCIÓN CONTRACTUAL, DEBE SER ESENCIAL (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Para que el incumplimiento por una de las partes de una de sus obligaciones dé lugar a la resolución contractual, es preciso que tal obligación sea esencial y se incumpla realmente, sin que pueda alegarse que el mero retardo de unos meses en la elevación a escritura pública de la venta del inmueble, que además no impidió al comprador obtener un crédito hipotecario suficiente para el total pago del precio, sea causa que justifique el impago del mismo.

TERCERÍA DE DOMINIO: PARA QUE EL CÓNYUGE NO DEUDOR RESPONDA CON SUS BIENES PRIVATIVOS, SE PRECISA QUE DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN, Y SIN HACER INVENTARIO, SE LE ADJUDIQUEN BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostentan una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial, y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación y división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros.

El patrimonio de la Comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio.

Es cierto que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, también lo es que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Y también lo es que existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales, pero para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario, y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios, supuesto de hecho diferente al que nos ocupa. La acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

J. Q. S.

NO SE CUMPLE EL ARTICULO 1.707 LEC CUANDO LAS NORMAS INFRINGIDAS SE CITAN MENCIONANDO UN DETERMINADO ARTICULO SEGUIDO DE LA FORMULA «Y SIGUIENTES» «Y CONCORDANTES» U OTRA SIMILAR, COMO SERIA LA CITA DE TODO UN GRUPO DE ARTÍCULOS. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1998.)

Son requisitos exigidos por el artículo 1.707 de la LEC la expresión de los motivos en que se ampare el recurso, la previsión legal de los mismos como tales motivos de casación, la cita expresa de las normas o jurisprudencia supuestamente infringidas y el razonar acerca de la pertinencia y fundamentación de cada uno, la jurisprudencia de esta Sala a la que la Constitución y el Código Civil confían la última palabra a la hora de interpretar la legislación procesal civil, y más concretamente la que regula los requisitos de admisibilidad de los recursos, viene declarando reiteradamente que constituye inobservancia del artículo 1.707 LEC, dando lugar a la consiguiente inadmisibilidad, la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, que puede venir dada por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho y de derecho o sustantivas y procesales en un mismo motivo o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación, todo ello desde la consideración de que el recurso de casación no es en modo alguno una tercera instancia.

NO CABE ALEGAR INFRACCIÓN DE JURISPRUDENCIA SI SOLO SE CITA UNA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1997.)

La parte recurrente utiliza para fundamentar sus motivos la cita de una sola sentencia de esta Sala, lo que hace de por sí decaer los mismos. Pues es doctrina constante emanada de jurisprudencia pacífica, la que determina que la exigencia de mencionar dos o más sentencias, resulta insoslayable para que pueda ser examinado el motivo.

CUANDO DE LAS PRUEBAS RESULTA QUE LA DEMANDANTE CONOCÍA EL DOMICILIO REAL DE LA DEMANDADA DEBE CITARSE EN ESTE Y NO POR EDICTOS. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Existe maquinación fraudulenta cuando en el proceso en la que la recurrente-demandada, su citación y emplazamiento se efectuó por edictos, cuando la parte actora conocía perfectamente el domicilio real y legal de la demandada. Es procedente el recurso extraordinario de revisión, pues se basa en la existencia de una maquinación fraudulenta que exige una irrefutable prueba de haberse utilizado cualquier artificio, que suponga dentro del proceso una irregularidad llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor con la consiguiente indefensión de la contraparte: pues se ha logrado, con ello, ocultar al demandado la iniciación de un juicio con objeto de impedir su defensa, consiguiendo de esta manera el éxito de la demanda.

NO ES POSIBLE CALIFICAR DE COMPRAVENTA UN ACTO CUANDO NO EXISTE CONSTANCIA DE LOS REQUISITOS DE AQUELLA. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La literalidad de los documentos no autoriza a calificar las relaciones creadas como las de efectiva compraventa, y así con todo acierto lo declara la sentencia que se recurre, pues ha de aplicarse el artículo 1.451 del Código Civil, toda vez que no se expresó en los documentos privados el precio concertado, las condiciones de su pago, ni la superficie de la finca, tratándose de compraventa de tiempos venideros, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala que declara que si bien la figura del negocio precontractual es muy discutida en la doctrina, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando situación de vinculación obligacional que era aquello que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada y es antecedente del contrato definitivo que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas.

NO CABE ALEGAR EN CASACIÓN NI HECHOS QUE NO HAN SIDO PROBADOS NI HECHOS CONTRARIOS A LOS VALORADOS POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA SI ESTOS NO HAN SIDO CONVENIENTEMENTE ATACADOS. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No puede prosperar en casación la existencia de «un caso fortuito o de fuerza mayor» a partir de un resultado probatorio no alcanzado en la instancia y teniendo como probados hechos que la Sala *a quo* declara, expresamente, como no probados: así el fundamento jurídico primero establece que el camión «se incendió por causas no bien determinadas», lo que se reitera en el fundamento jurídico cuarto, en que se añade que no resulta probado que «dicho siniestro fuera una consecuencia directa de la huelga de transporte a que se refieren los demandados»; incólumes tales hechos al no haber sido atacada adecuadamente la valoración de la prueba por el Juzgador de Instancia, no puede acogerse la tesis recurrente que parte, se repite, de unos hechos que no han sido probados en el juicio y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta por esta Sala de Casación.

LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL CONTRATO POR FALTA DE CAUSA DEBE TENER SU ORIGEN EN HECHOS CONCLUYENTES Y NO EN LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia* ni con las máximas de experiencia, deducciones o interferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al Juzgador determinar en cada caso cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina. Si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace

preciso y directo que religa el hecho-base en el hecho consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles: pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados.

NO PUEDE HACERSE PREVALECER COMO VERDADERA INTENCIÓN DE LAS PARTES LO EstrictAMENTE CONSIGNADO EN LA ESCRITURA PÚBLICA DE VENTA, OLVIDANDO LOS ACTOS COETÁNEOS Y POSTERIORES A LA MISMA. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

La parte aduce que la claridad de los pactos contractuales no puede ser desfigurada por medio de una presunción no establecida por la Ley y basada en testimonios claramente parciales y procesalmente mal producidos. Sin embargo, es doctrina reiterada que no puede hacerse prevalecer como intención de las partes estrictamente lo consignado en la escritura pública de venta, olvidando que los actos coetáneos y posteriores a la misma, probados testificalmente, se produjeron, luego el órgano judicial debió valorarlos para apreciar si el tenor literal de la escritura había sido desbordado o no por aquellos actos. En suma, no se podía prescindir de esa confrontación entre las dos realidades.

NO CABE SEÑALAR INCONGRUENCIA CUANDO NO EXISTE LITERALIDAD, PUES AQUELLA REFIERE ÚNICAMENTE RESPETO AL «PETITUM» Y A LA «CAUSA PETENDI». (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

La congruencia no requiere absoluta literalidad aunque sí requiere respeto al *petitum* y a la *causa petendi*, extremos que modifica el Juzgado, de manera que son plenamente válidos los razonamientos de la Audiencia. Se pidió rendición de cuentas de las sumas entregadas para la construcción del edificio donde se situó el negocio, pero este edificio es exclusivo de los actores y ninguna cantidad recibieron para su construcción, y respecto a las recibidas para la construcción del edificio de los demandados, ninguna rendición de cuentas se pidió. En cuanto al negocio, quedó liquidado. De manera que el Juzgado se incidió en incongruencia al no deslindar tales extremos que, por el contrario, deslinda y no confunde la Audiencia.

NO CABE EL DEVENGO DEL 20 POR 100 DE INTERÉS DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO POR TENER EL SINIESTRO, A JUICIO DE LA ASEGURADORA, ORIGEN PROVOCADO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que para aplicar las consecuencias del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se precisa que el impago, transcurrido el plazo de tres meses que dicho precepto establece, ha de ser por causa no justificada o que fuere imputable a la entidad aseguradora, y esa justificación y falta de imputabilidad en la no realización del pago, dentro del

plazo referido, existe cuando la determinación de la causa de la producción del siniestro, y, en consecuencia, de la exacta cantidad de abonar por vía de indemnización con base en aquélla, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional competente ante las discrepancias existentes entre las partes al efecto. La negativa al pago por la aseguradora recurrida venía justificada, en base a varios indicios, como que el fuego fue provocado en base a que se inició cuando no había ningún empleado en la fábrica, las puertas de la nave estaban cerradas por dentro, la empresa pasaba una difícil situación económica, y meses antes se había ampliado el capital asegurado o de cobertura. Circunstancias que justifican el rechazo del siniestro por la aseguradora y que hacen inaplicable al caso el recargo sancionador del artículo 20.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ES FUNCIÓN PRIVATIVA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

Es reiterada doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función privativa de los Juzgadores de instancia cuyo resultado exegético ha de ser mantenido en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, irracional, carente de sentido o conculcador de las normas de hermenéutica contractual. En el presente caso ha de mantenerse el resultado interpretativo a que llega el Tribunal *a quo* al no haber sido infringidos los preceptos que se invocan en el motivo.

I. I. M.

EL PROCESO SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS DE ROGACION, AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Valencia en Sentencia de 13 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) en Sentencia de 17 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la sentencia.—El caso del que nos ocupamos dispone que el proceso se rige por los principios de rogación, audiencia y contradicción, de tal modo que añade en el acontecer de la Sala que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones que se deduzcan en el pleito sin que sea permitido el alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas pues produce indefensión además de contravenir los principios. La demanda de reclamación de cantidad se fundamenta aquí en la vigencia y validez de un contrato privado entre la «Clínica Virgen del Consuelo, S. A.» y «Pechrol, S. A.», y, sin embargo, a tal documento se le ha negado la existencia por estar subordinado a la condición suspensiva consistente en que el Servicio Valenciano de Salud consintiera la cesión del concierto de prestaciones llevada a cabo por la actora a la demandada y recurrente, condición esta que no se cumplió.

SEGURO DE VIDA: CAPITAL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Castellón de la Plana en Sentencia de 11 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.^a) en Sentencia de 26 de abril de 1993 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se proclama por la Sala la alusión concreta a una condición de garantía particular atinente al hecho de que si el asegurador fallece como consecuencia de accidente de circulación, además del capital base que pudiera corresponder por el seguro principal y del adicional por el complemento de muerte por accidente, el asegurador pagará al beneficiario otro capital igual a cada uno de los anteriores, lo que supone el triple del capital base señalado, es decir, que se está aclarando la realidad cuantificada de lo a percibir al cumplirse la citada condición con aplicación del artículo 1.281, párrafo 2.º, en relación con el 1.285 y 1.286, todos ellos del Código Civil.

SI EL COMPRADOR RETRAÍDO CONSIENTE EN EL RETRACTO EJERCITADO POR EL RETRAYENTE DENTRO DEL PLAZO, AQUEL DERECHO PUEDE CONSIDERARSE EJERCITADO Y CONSUMADO. PERO, SI GUARDA SILENCIO O BIEN SE OPONE A LAS PRETENSIONES DEL RETRAYENTE EN MODO ALGUNO CABE AFIRMAR QUE EL DERECHO DE RETRACTO SE HA EJERCITADO EN PLAZO LEGAL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Sevilla en Sentencia de 24 de septiembre de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a) en Sentencia de 26 de octubre de 1992 estima el recurso de apelación planteado.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se ocupa ahora la Sala de recordar la reiterada jurisprudencia conducente al estudio del derecho de retracto; según tal doctrina el derecho de retracto es el que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, por lo que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, y que el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor o transmitente tenga ningún papel jurídico que desempeñar en las relaciones entre el retrayente y el adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto, ni su resultado positivo para el retrayente influye nada en su situación jurídica, pues la venta no se resuelve sino que hay una nueva transmisión (subrogación) de adquirente en favor del retrayente. Ahora bien, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, nacimiento para el segundo y acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinto de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de cadu-

cidad legalmente establecido. Pero esta disociación entre el ejercicio del derecho y la acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad legal afecte al primero pero no a la segunda, ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de esta Sala.

Y, en realidad, y al decir de la premisa resuelta al tiempo de definir nuestro presente caso, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, nacimiento para el segundo, acción para exigir el cumplimiento de lo convenido que es, por tanto, completamente distinto de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de caducidad legalmente establecido.

NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIARIO Y CONTRATO SIMULADO. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia de Santa María la Real de Nieva en Sentencia de 3 de enero de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Segovia en Sentencia de 9 de diciembre de 1992 desestima el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En base a lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código Civil, la expresión «causa falsa» en los contratos dará lugar a declarar la nulidad de los mismos, permite según jurisprudencia de esta Sala y según la doctrina más generalizada, establecer las reglas generales relativas al denominado contrato simulado. Ahora bien, el **contrato simulado** puede tener dos vertientes totalmente delimitadas, pues se dice que existe simulación absoluta cuando hay una carencia absoluta de causa en el contrato (*colorem habet, substantiam vero nulum*) y, otra, aquélla en que la voluntad contractual representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam alteram*) y que se denomina **contrato disimulado o de simulación relativa**.

Así las cosas, hemos de definir el **negocio fiduciario** como aquel convenio anómalo en que concurren dos contratos independientes, uno, **real**, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro, **obligacional**, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado.

Es constante la jurisprudencia que declara que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de instancia.

SEGURO DE DAÑOS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 20 de Barcelona en Sentencia de 14 de septiembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en Sentencia de 5 de febrero de 1993 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El 20 por 100 de recargo, de carácter punitivo y cuya misión es y consiste en estimular el pago de los siniestros cubiertos por póliza de seguro, puede no ser aplicado cuando las causas del impago son razonables, esto es, se debe a causa justificada o a causa no imputable a la aseguradora.

CADUCIDAD. PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 9 de Zaragoza en Sentencia de 3 de septiembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.^a) en Sentencia de 29 de mayo de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—A lo largo del proceso se estima probada la deuda en/por virtud de los documentos mercantiles aportados por la sociedad actora en el período probatorio, sin que la contraparte los haya impugnado, no siendo de admitir en el actual momento procesal y dentro de un motivo articulado por infracción de la norma jurídica. La alegación de una extemporánea aplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace aquí patente. De tal forma que cancelada la garantía sin necesidad de ningún requisito o trámite, no cabe duda que la exigibilidad que contempla el documento no puede interpretarse en el sentido restrictivo de requerir una reclamación judicial, es decir, por vía de una demanda, sino que lo que se pretende es que dentro de ese plazo se reclame a la avalista el cumplimiento al pago de los suministros a que se refiere la carta-compromiso, así la Sala no incurrió en ningún error manifiesto en orden a la interpretación del aval, pero es que de existir algún defecto sería irrelevante a efectos de casación, ya que su razonar tendría que ponerse en relación con el del Juzgador y la documentación valorada, permitiendo ello concluir que no se infringió el artículo 1.281 del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial configuradora de la caducidad y de la imposibilidad de su interrupción hace que con arreglo a la doctrina el período convencionalmente para la vida del derecho constituya un plazo de caducidad y el aval tenga un período de vida limitado que comenzó y ya acabó, y es que es indudable la realidad de la doctrina jurisprudencial que expone acerca del significado del instituto de la caducidad y sus diferencias con el de la prescripción y cierto, asimismo, que el aval tenía un período de vida limitado, pero semejante doctrina carece de aplicación a nuestro caso, en cuanto que el plazo en cuestión habría de interpretarse conforme a lo dicho en el fundamento precedente: la reclamación del impago en plazo comprendido dentro del fijado en el aval, que fue lo efectivamente hecho.

SEGURO CONTRA ROBO. SUSTRACCIÓN ILEGÍTIMA POR PARTE DE TERCERO. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Tafalla en Sentencia de 28 de mayo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Navarra (Sección 2.^a) en Sentencia de 31 de mayo de 1993 estima también parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Nos ocupamos ahora de exponer la doctrina atinente a la norma que centra su ser en dar concepto al «seguro contra robo» (art. 50 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre). En él se encuentra como elemento esencial el **riesgo**, el riesgo es, por lo tanto, la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. Se dan por la Sala, como hechos acreditados, que la persona causante de la sustracción no ostentaba la condición de tercero, se da la imposibilidad de una intervención exterior y de que las cosas aseguradas fueron sacadas merced a una acción anterior.

Se hace también una alusión concreta al **principio constitucional de la presunción de inocencia** del artículo 24 de la Constitución Española, pues bien, en Derecho Civil en general, y en Derecho de Obligaciones en particular, no se trata de sanciones o represiones, sino de cuestiones de acreedor o deudor, en que no hay culpable o inocente. Así, en el caso que puede parecer más claro de condena a un culpable, que es el caso de ilícito civil, llamada responsabilidad extracontractual, artículo 1.902 del Código Civil, la Sala mantiene reiteradamente que no es aplicable el principio de la presunción de inocencia, es decir, que sin dejar de reconocer la aplicabilidad en el ámbito civil del principio constitucional de la presunción de inocencia, no se puede desconocer que, dada la naturaleza *iuris tantum* de la referida presunción, la misma puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Tribunal de instancia, y tanto se entienda como el derecho de toda persona a no padecer un efecto jurídico desfavorable o no ser condenado o sometido a una carga perjudicial, es sabido que dentro del Derecho Civil se preserva esa tutela mediante una resolución judicial que esté debidamente integrada por los instrumentos probatorios del proceso.

En conclusión, en general, para el Derecho, el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, **para el Derecho Civil:** en principio, no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal principio; en concreto, **para el Derecho de Obligaciones:** se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual; en concreto, **para el proceso civil:** no cabe una resolución judicial que produzca un efecto jurídico desfavorable o condene a una carga perjudicial si no media prueba, valorada libremente por el Tribunal de instancia, más en concreto, **respecto al presente caso:** no se aplica la presunción de inocencia en este supuesto en que se demanda la condena del asegurador (alega la presunción de inocencia al demandante) y se desestima la demanda por entender acreditado el Tribunal de instancia que no hubo sustracción ilegítima por un tercero.

I. M. G.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICIÓN PARCIAL. Artículo 1.058 del Código Civil. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que anula, confirmando íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de dicha capital.

La actora y la demandada suscribieron un documento privado en el que se adjudicaba a la primera un edificio de la herencia materna mediante el pago a la segunda de una determinada cantidad, en varios plazos, el último de los cuales se pagaría al elevarse a escritura pública, lo que solicita la actora y a lo que se opone la demandada argumentando que el documento no conformaba efectiva partición hereditaria, no obstante, llevarse a cabo la adjudicación de determinados bienes entre las litigantes, ya que no se cumplieron todas las condiciones de forma y fondo, al no comprender la totalidad del caudal hereditario y no realizarse las operaciones necesarias para la determinación de los derechos de dichas herederas testamentarias, alegaciones que fueron aceptadas por la Audiencia, no así por el Tribunal Supremo, manifestando que el referido artículo 1.058 da prioridad a la partición hecha por el testado y la de los contadores partidores; sin embargo, proclama una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1.068. Esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario— es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento.

COMUNIDAD HEREDITARIA. NEGOCIO DE ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1997.)

La titularidad administrativa de una Administración de Loterías del Estado no es incompatible ni excluye que concurra una titularidad civil, incluso plural.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción interpuesto por ambas partes, actora y apelada adherida a la apelación, demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que había revocado parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones de las que se desprende claramente la cuestión debatida.

Habiendo declarado la sentencia recurrida la propiedad plural a favor de la comunidad hereditaria constituida, al fallecimiento de la causante doña Dolores Pardo Moreno, por los actores del pleito y los recurridos —*lo que estos reconocieron expresamente*— sobre el local bajo, sito en la calle San Pablo, número 1, de Sevilla, entre otros bienes; lo que se discute en esta casación es la titularidad del negocio de Administración de Loterías instalado en dicho inmueble, al sostener los recurrentes que es de la exclusiva propiedad de doña María García Calahorro, para lo cual, en el motivo primero aportan infracción de los artículos 1.255, en relación al 6.3.º y 1.271 del Código Civil.

Don José Sierra Pardo (padre de los actores) y su hermano don Antonio Sierra Pardo (esposo y padre de los demandados), de los que traen causa los litigantes por documento de fecha 15 de febrero de 1973, acordaron que la Administración de Loterías de referencia «aún cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». Dicho documento no fue impugnado expresamente por los recurrentes, ya que lo reconocieron al contestar a la demanda, aunque se oponen a su eficacia, por lo que solicitaron se declarase su nulidad radical; tesis que, al no ser acogida en la sentencia recurrida, se reproduce en esta vía casacional.

Se basa la nulidad postulada en que el documento contradice el artículo 183 de la Instrucción General de Loterías (Decreto de 23 de marzo de 1956), que no autoriza la cesión por los Administradores loteros de las comisiones que se perciben en el ejercicio de la función encomendada.

El artículo 6.3 en relación al 1.255 del Código Civil, decreta como sanción de carácter general la nulidad de pleno derecho para aquellos actos y negocios jurídicos contrarios a las leyes imperativas y a las prohibitivas. Conforme doctrina jurisprudencial los juzgadores han de actuar con extrema prudencia y criterio flexibles, debiendo de tener en cuenta las circunstancias concurrentes, móviles, efectos previsibles y trascendencia intensa cuando se trata de declarar la nulidad plena y atender a si se da precepto específico legal que imponga dicha sanción civil *per se* (Sentencias de 8 de octubre de 1963, 27 de febrero y 10 de noviembre de 1964, 13 de julio de 1982, 7 de febrero de 1984 y 4 de diciembre y 17 de octubre de 1987).

En el caso de autos, el hecho de que al fallecer la causante originaria, doña Dolores Pardo Moreno, el negocio de Loterías se hubiera puesto a nombre de su nuera, la recurrente doña María García Calahorro —lo que prevé el documento reseñado de 15 de febrero de 1973—, atribuye a ésta una titularidad *administrativa*, acomodada a la normativa especial que rige las Administraciones de Loterías del Estado y por lo tanto más bien impuesta y meramente formal, que no es incompatible y menos excluye que concurra una titularidad *civil*, en este caso plural, a favor de los dos hermanos fallecidos, como únicos herederos de la primitiva titular, pues dicho negocio se integra en su haber hereditario y ninguna disposición administrativa lo puede excluir, pues sería contradictoria-frontal a la normativa sucesoria general.

De esta manera la prohibición que contiene el artículo 183, en relación al 302 de la Instrucción General de Loterías, hay que referirla en relación a terceros, ajenos a la titularidad dominical del negocio en cuestión y no cabe ser encuadrada en el artículo 6.3.º del Código Civil, dado su carácter reglamentario-administrativo, pues conforme reiterada jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (Sentencias de 13 de mayo de 1980, 7 de julio de 1981, 7 de abril de 1982, 17 de octubre de 1987 y la más reciente de 26 de abril de 1995).

El *segundo supuesto de nulidad* alegado consiste en que el documento privado de referencia viene a representar un pacto de los dos hermanos suscribientes sobre herencia futura, no autorizado por el artículo 1.271 del Código Civil. Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante (Sentencias de 2 de octubre de 1926, 16 de mayo de 1940 y 25 de abril de 1951).

El documento en contienda no contiene ninguna operación divisoria anticipada entre los herederos, sino más bien una previsión en cuanto a la titularidad del negocio de Administración de Loterías, dada la especialidad y exigencias de la normativa administrativa que lo disciplina.

Comentario.—El Juzgado había declarado, en cuanto al negocio de Administración de Loterías, que los actores son copropietarios por mitad e iguales partes respecto a los demandados de la misma, administrada por la primera demandada, viviendo obligados los demandados a llevar a efecto la división de la comunidad de bienes, así como a rendir cuentas a los actores de la explotación de dicha Administración a partir del 26 de mayo de 1986, entregándoles el 50 por 100 de los beneficios netos. La Audiencia, por su parte, revocó esta última declaración, sustituyéndola por la de condenar a la administradora a abonar a los demandantes la suma de 2.250.000 pesetas.

Merece crítica completamente favorable esta sentencia que, como no puede ser menos, hace prevalecer la titularidad civil o sustantiva sobre la titularidad administrativa o formal. Los juristas estamos hartos de ver cómo se desnaturaliza la propia esencia de las instituciones al exigir y establecer requisitos previos o efectos por disposiciones fiscales y administrativas la mayor parte de las veces de inferior rango a las civiles, que inciden en la esfera de este Derecho, matriz de toda rama jurídica, y lo desnaturalizan afectando a su contenido. Todos hemos vivido los cambios de titularidad amparados en las concentraciones parcelarias, los patrimonios familiares agrícolas protegidos, la sucesión en las farmacias, etc. Tanto la Instrucción de 25 de febrero de 1893, como el Decreto 2061/1974, de 26 de junio, que regula la continuidad y sucesión de las Administraciones de Loterías, se refieren exclusivamente a la titularidad administrativa, sin afectar a los derechos sustantivos de los sucesores del anterior titular.

También interesa la declaración de que para tratarse de un pacto sucesorio prohibido ha de referirse a la universalidad de la herencia, no existiendo tal cuando afecta únicamente a bienes determinados existentes al tiempo del pacto.

PRETERICIÓN. Artículo 814 del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1997.)

No se precisa la previa declaración de nulidad del testamento en el que hay preterición errónea de un ascendiente para efectuar la declaración de herederos abintestato.

La causante y su marido, sin descendencia, otorgaron en la misma fecha sendos testamentos abiertos instituyéndose herederos recíprocamente y sustituyéndose por los sobrinos de la esposa testadora. Ambos cónyuges premurieron a la madre de la esposa testadora, primero el marido, de quien heredó su esposa, y luego ésta. La madre de la esposa obtuvo del Juzgado la declaración de única heredera abintestato de su hija, tras advertir y comprobar con el propio tenor del testamento su preterición, afirmando que concurría el supuesto de testamento nulo bajo la vigencia de los artículos 705, 810, 814 y 912 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 1981. Transcurridos varios años, ya en 1986, un sobrino llamado como sustituto a la herencia de la esposa testadora, demanda la nulidad de la declaración de herederos y que se restaure el orden fijado en el testamento con las consecuencias inherentes respecto a los bienes.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 18.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelante, planteando que la cuestión a decidir es si el testamento es o no válido, si requiere pronunciamiento expreso la declaración de nulidad y si por no haberse obtenido previamente, no cabe instar la declaración de herederos, que resuelve manteniendo que el testamento no puede calificarse de válido, pues aun guardando todas las formalidades legales, es nulo por preterir a una heredera, como es la madre, que además de ser ascendiente, figura entre los llamados a la sucesión forzosa (art. 807). Reconoce que bajo la vigencia del anterior artículo 814 se distinguía por la doctrina entre preterición errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional, equiparando a esta última a la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en el que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora joven, a la madre de propecta edad, sin que las pruebas permitieran apreciar causas de desheredación.

Queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es dada por la sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los sustanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, este pedimento sólo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede, por ejemplo, en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en un contrato nulo.

Comentario.—Parece peligrosa la generalización de la doctrina mantenida en la sentencia, favorable a la apreciación de oficio de la nulidad de cualquier acto o negocio jurídico sin que ésta sea pedida por interesado alguno. Tal criterio parece que está en abierta oposición con los principios procesales civiles y supone un atentado a la seguridad jurídica e incluso al respeto a la voluntad del interesado. Una cosa es que la causa de nulidad sea de interés o de orden público y otra cosa muy distinta es cuando sólo afecta al interés particular. Si los interesados en un testamento nulo por defecto de forma pueden acatarlo como válido, no se ve razón fundada para que haya de adoptarse una distinta solución cuando el defecto sea de fondo. Supuesto esto, mientras no se inste expresamente la declaración de nulidad, es lógico considerar válido el testamento. En el presente caso, estas objeciones pueden salvarse considerando que la nulidad del testamento fue pedida implícitamente al solicitar la declaración de herederos y alegada como excepción en el pleito. Pero ello no es obstáculo para mantener la vigencia de principios tradicionalmente observados.

DERECHOS SUCESORIOS DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL. RECONOCIMIENTO UNILATERAL. DERECHO TRANSITORIO. Artículos 123 del Código Civil y Disposición Transitoria 5.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1997.)

El actor, reconocido como hijo extramatrimonial en escritura pública (no en testamento) de fecha 21 de enero de 1958, sin que el reconocido haya consentido o prestado su conformidad a dicho reconocimiento en vida de su padre, una vez fallecido éste y sin haber tampoco aceptado expresamente el reconocimiento, demanda a la hija matrimonial y a la viuda, pretendiendo se declare su condición de heredero forzoso desde la fecha del fallecimiento de su padre y la consiguiente nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los demandados, quienes deberán rendir cuentas y abonar los frutos desde la fecha del fallecimiento, ocurrido el 15 de mayo de 1981.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, estimó en su totalidad la demanda, mientras que la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, determinando que la rendición de cuentas y abono de rentas deberá limitarse a partir del emplazamiento de las demandadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante, revocando la sentencia de la Audiencia y desestimando totalmente la demanda, conforme a los siguientes fundamentos:

La Disposición Transitoria 5.ª de la Ley 13 de mayo de 1981 exige para la determinación legal de la fijación por reconocimiento de los antes llamados hijos ilegítimos no naturales que resulten ya cumplidos los requisitos que la innovadora disposición exige: sustancialmente el consentimiento al reconocimiento, y que, en el caso de autos, tal consentimiento ni expresa ni tácitamente se ha hecho constar, por cuanto que el hijo del actor no era hijo natural en el momento del reconocimiento, el reconocimiento en ese caso no era posible y, sobre todo, en este caso «no se ha producido consentimiento al

reconocimiento del que se habla arriba, tal y como exige esa DT 5.^a, que supone un plus exegético al artículo 123 del Código Civil; y se agrega que siendo el reconocimiento un acto personalísimo del reconocido, «el actor, que no ha consentido el reconocimiento, reclama derechos sucesorios con su correspondiente contenido económico, sin hacer pública protesta de su filiación»; que si «se reclaman derechos de contenido económico, hágase protesta pública de su condición de hijo, constatándose el reconocimiento, e inscribáse en el Registro Civil», lo contrario, como ocurre en autos, rozaría el fraude de ley y, se concluye, que tampoco se da la posesión de estado. *El motivo ha de compartirse, por cuanto se razona:*

a) Que en el singular *petitum* de la acción entablada se pide en su primer apartado que «don M. B. M., hijo no matrimonial de don J. D. M., ostenta desde el día 15 de mayo de 1981, fecha del fallecimiento de dicho señor, la condición de heredero forzoso del mismo», y después se agregan otras peticiones de carácter sucesorio, sin duda, efecto directo e inmediato de aquella cualidad del actor como tal «hijo no matrimonial» de..., esto es, se está predeterminando o dando por supuesto ese estado civil del demandante, como fundamento de los demás derechos asimismo postulados.

b) Es sabido que el estado civil de toda persona o cualidad primaria de su propia individualización o identificación, ha de constatare mediante la correspondiente inscripción en el Registro Civil, según determina tanto el artículo 325 del Código Civil como la Ley 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, con sus posteriores modificaciones.

c) Es bien cierto que aquella cualidad, *ab initio*, encuentra su viabilidad tras la reforma de nuestra precedente normativa, en base a la misma Constitución Española, artículo 39 y la posterior Ley de Desarrollo, de 13 de mayo de 1981, en virtud de sus Disposiciones Transitorias 8.^a —en lo relativo a los resultados sucesorios— por el acertado razonamiento que efectúa la Sala en su FJ 4.º, y en lo relativo al reconocimiento del actor como tal hijo «ilegítimo no natural», según la denominación precedente, de acuerdo con su DT 5.^a

d) Y es esta DT 5.^a de la Ley la que encauza la materia al permitir ese reconocimiento sobre quien en la precedente legislación no podía reconocerse por la sanción discriminatoria superada por la *supranorma* comunitaria; mas habrá de respetarse lo en aquélla preceptuado, y así se establece que ese reconocimiento de un hijo, ilegítimo no natural, según la legislación anterior, surtirá todos sus efectos «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que esta Ley —la de 13 de mayo de 1981— exige» y que, en el caso de autos, se contienen en lo dispuesto en el artículo 123 del Código Civil, es decir, que el reconocimiento del hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito».

e) Que ese reconocimiento en escritura pública de 2 de enero de 1958, está disociado del citado consentimiento, es evidente, por cuanto si bien la Transitoria habilita la aptitud de todo hijo «ilegítimo no natural» para recibir los efectos del acto de aceptación de paternidad de su progenitor al abolirse la normativa discriminatoria, se repite, para que se integre formalmente ese reconocimiento y surta la plenitud de efectos se precisa ese consentimiento o acto voluntario que, en caso alguno, como entiende la Sala *a quo* se embebe en el mismo planteamiento de la acción porque, según el *petitum* transcrito, esa voluntad del actor se encamina no a «consentir su reconocimiento sino a que se le reconozcan los derechos sucesorios derivados».

f) Se refuerza lo anterior, porque si el estado civil que, en el sentir del actor, causa su *ratio petendi*, no puede olvidarse que el mismo proviene de aquel «reconocimiento en escritura pública», y que además no está inscrito en el Registro Civil, por lo que la sanción del artículo 120 del Código Civil es ineludible, es decir, dicha filiación no matrimonial sólo quedará determinada legalmente o por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público por resolución recaída en expediente ante el Registro Civil o por sentencia firme; vías todas que requieren una petición expresa del interesado con la observancia del citado artículo 123, bien a través de inscripción fuera de plazo en el Registro Civil con la observancia del Apartado III de la Circular de 2 de junio de 1981, o bien mediante sentencia judicial tras la acción correspondiente como paso previo para su posterior inscripción registral; y así, conforme al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el 187 de su Reglamento prescribe terminantemente: «No se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito, la existencia de este último podrá comprobar en expediente gubernativo». En conclusión, como no se ha formulado expresamente esta petición de estado civil, ni ha precedido, en su caso, el cauce registral, no es posible acceder a lo solicitado, y con la acogida del motivo y sin necesidad de examinar el resto y actuando a tenor del artículo 1.715.1.3 LEC procede desestimar la demanda, sin que a tenor del artículo 1.715.2.º LEC proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables, en su caso, al litigio.

Comentario.—Esta sentencia descarta el consentimiento tácito o presunto implícito en la reclamación efectuada por el hijo, manteniendo un criterio de rigidez que contrasta con el seguido por la Sentencia de 23 de octubre de 1997.

PARTICIÓN HEREDITARIA. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

La viuda del fallecido don Eugenio y sus hijos demandan al contador-partidor testamentario y a los hijos del primer matrimonio, solicitando se declare la nulidad de la partición efectuada y protocolizada notarialmente con la consiguiente nulidad de las inscripciones registrales; y que se declare asimismo que la viuda, como usufructuaria universal durante el tiempo en que la herencia permaneció indivisa, no tiene que rendir cuentas; y la pérdida por una de las hijas demandadas, María Eugenia, de cuanto la correspondería en los tercios de libre disposición y de mejora, debido a haber reclamado su participación en la herencia paterna, quedando reducida a la legítima corta.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria declaró la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de ganancias y partición hereditaria realizada en escritura otorgada únicamente por el contador-partidor, sin la concurrencia de la viuda demandante. Esta sentencia fue revocada por la de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que declaró la nulidad del negocio jurídico que contiene el cuaderno particional hecho por contador-partidor testamentario, cuya escritura de protocolización declaró igualmente nula, ordenando

las cancelaciones de las inscripciones registrales. Y desestimó la demanda en cuanto a la pérdida por la hija María Eugenia de cuanto le corresponda en los tercios de mejora y libre disposición, debiendo restituirse los frutos que se hubiesen percibido.

La hija del primer matrimonio, María Eugenia, interpone recurso de casación por infracción de ley, aduciendo que el contador-partidor no precisa el consentimiento expreso del cónyuge supérstite para efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que puede prescindirse del mismo al basarse la misma en la relación de bienes gananciales y privativos que su viuda, la actora, presentó tanto en la Delegación de Hacienda como después en la diligencia de inventario practicada en el juicio voluntario de testamentaria, en el que estaban personados todos los hoy recurridos, sin que dicha diligencia hubiese sido impugnada por ninguna de las partes personadas. Presentada tal relación de bienes en el juicio voluntario de testamentaria, se entiende que la viuda otorga su «consentimiento tácito» para que el contador-partidor lleve a cabo la partición de la herencia, máxime, además, cuando la viuda había liquidado el impuesto de sucesiones en Hacienda presentando la misma relación de bienes antes mencionada, por lo que no puede ahora ir en contra de sus propios actos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación y confirma íntegramente la sentencia del Juzgado.

Comentario.—De peligroso y sorprendente puede calificarse el criterio mantenido en esta sentencia, caso de generalizarse, pues vendría a romper uno de los axiomas fundamentales relativo al valor de la escritura pública. Si ésta, en frase feliz de Rafael Núñez Lagos, ha de considerarse como una isla sin puente de escape hacia actos anteriores, queriendo decir con ello que debe bastarse por sí misma para producir los plenos efectos jurídicos sin precisar acudir al auxilio de actos anteriores (tesis de la *renovatio contractus*), ese valor resulta indudablemente disminuido cuando su eficacia y validez se hace depender de actos no recogidos en la misma escritura y que no han sido ratificados por la persona afectada por ellos. De la sucinta exposición que hace la sentencia no se desprende que en ninguna instancia se ordenase la protocolización de la partición, ni mucho menos que el juez interviniese en la misma en sustitución, por su rebeldía, de la viuda, pues no se solicitaron ninguno de ambos extremos, sino que resulta haberse practicado la partición por iniciativa del contador-partidor, sin citar a la viuda, cuya intervención expresa en la escritura de partición a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales o de su ratificación, al menos, parece de todo punto necesaria. Piénsese que en la composición del patrimonio puede haber habido algún error, existir créditos o deudas aparecidos posteriormente, resultar diverso el valor de alguno de los bienes respecto al antes manifestado. Todo ello determina que en el acto del otorgamiento de la escritura debe comparecer la viuda, pues el contador-partidor no puede representarla sin poder expreso de la misma; y acudir al consentimiento tácito es abrir un portillo muy peligroso. La convalidación de esta ausencia podría explicarse manteniendo un criterio muy amplio y flexible por los términos en que la viuda se expresara en el juicio voluntario de testamentaria, que nos son desconocidos.

Por otra parte, sin el consentimiento expreso de todos los legitimarios no puede ella atribuirse el usufructo universal vitalicio.

DESHEREDACIÓN. INEXISTENCIA DE CAUSA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Las causas de desheredación son de interpretación restrictiva, y su prueba corresponde a quien alega su existencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Padrón.

Estimada por el Juzgado la validez de la cláusula de desheredación consignada por el padre a dos de sus hijos y declarada la nulidad de la misma por la Audiencia, el Tribunal Supremo es de este último parecer, sin que —dice— puedan subsumirse en las causas de desheredación del artículo 853 del Código Civil la conducta de los hijos consistente en la falta de convivencia y de relaciones con su padre y la inasistencia al entierro del mismo, pues tales causas, por su carácter sancionador, son de interpretación absolutamente restrictiva.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. NULIDAD DEL TESTAMENTO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1998.)

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Motilla del Palancar, la nulidad del testamento notarial abierto por falta de capacidad de la testadora, revocada esta sentencia por la de la Audiencia Provincial de Cuenca que apreció su validez, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, confirmando la validez del testamento en base a los siguientes fundamentos y razonamientos:

Que tratándose de una acción de nulidad de testamento, basada en la falta de capacidad de la testadora, ha de tenerse presente la doctrina de esta Sala en torno a la aludida materia, según la cual es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: *a)* que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril de 1959); *b)* no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia al declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); *c)* que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); *d)* que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1. La edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalen-

te a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2. Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3. No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (Sentencia de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (Sentencias de 23 de febrero de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción *iuris tantum*» (Sentencias de 23 de marzo de 1894, 22 de enero de 1913, 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (sentencias de 18 de abril de 1916 y 16 de noviembre de 1918)—pues el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908).

SUCESIÓN EN TÍTULOS NOBILIARIOS. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997.)

En la sucesión por causa de muerte, el título nobiliario sigue las reglas del Derecho histórico y tradicional, dando preferencia al varón sobre la hembra.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Málaga, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

El primer motivo de casación alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida de la Disposición Derogatoria 3.^a de la Constitución Española de 1978; el segundo, por aplicación indebida del artículo 14 de la misma al orden regular de sucesión en las dignidades nobiliarias; y el tercero, interpretación errónea del citado artículo. En sus extensas fundamentaciones se mantiene, en esencia, la necesidad de haberse aplicado a la cuestión controvertida la legislación histórica y tradicional sobre sucesión en los títulos nobiliarios que otorga preferencia al varón sobre la hembra en igualdad de línea y grado en la sucesión *mortis causa*.

En aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio (Pleno), los motivos han de ser acogidos por la doctrina en ella contenida, y por mandato del artículo 5.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

El letrado de la parte recurrida solicitó en el acto de la vista que esta Sala promoviese ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, pero no se sabe concretamente sobre qué había de recaer, pues ni es concebible la repetición de la misma cuestión que fue ya fallada por la sentencia de dicho Tribunal antes reseñada, y que esta Sala ha de acatar por imperativo de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en todo tipo de procesos», dice su art. 5.1 de la misma, aludiendo a las «resoluciones» dictadas por el Tribunal Constitucional), ni tampoco es concebible que el hipotético objeto de la cuestión sea la propia sentencia 126/1997 del Tribunal Constitucional.

También se hizo hincapié por el propio letrado en que esta Sala, en virtud de la Constitución, estaba vinculada a ésta ante todo y, en consecuencia, al respeto del principio de igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de sexo (art. 14). Pero a ello ha dado ya respuesta la tan citada sentencia del Tribunal Constitucional, al juzgar que la preferencia del varón sobre la hembra en la sucesión *mortis causa* de un título nobiliario no atenta contra el artículo 14 de la Constitución.

Además de las anteriores alegaciones, y por el mismo letrado, se expuso que esta Sala no estaba vinculada por la doctrina del Tribunal Constitucional porque no se sabe cuál es, si la de su Sentencia de 24 de mayo de 1982, o la de la Sentencia de 6 de julio de 1995, o la última de 3 de julio de 1997. Despojado de artificio retórico esta alegación, resulta claro que no se ha reparado al estructurarla en que es en la última de aquellas sentencias en la que el Tribunal Constitucional estudia y falla de un modo directo sobre el fondo de la cuestión litigiosa, no así en la de 1995, en la que rechazó el recurso de amparo sin entrar en el fondo (preferencia del varón sobre la hembra), ni en la de 1982, en la que trataba de la condición puesta en la sucesión de un título nobiliario. Es indiscutiblemente en la Sentencia de 3 de julio de 1997 donde el Tribunal Constitucional aborda el problema de si el derecho histórico sobre la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios contraviene o no el artículo 14 de la Constitución, y a ella ha de atenderse esta Sala.

Por último ha de responderse a la alegación del mismo letrado sobre el quebrantamiento del principio de la seguridad jurídica que supondría el que

esta Sala variase su jurisprudencia para resolver los casos litigiosos iniciados bajo la anterior, con una invocación al principio de irretroactividad de las normas jurídicas, principios ambos proclamados en la Constitución. Estos alegatos pueden valer como argumentos de mera retórica, en modo alguno desde el punto de vista jurídico. El cambio de criterio jurisprudencial es permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, sin exigir nunca que previamente se anuncie, ni limitar sus efectos para el futuro, no para resolver el caso en que se produce el cambio ni los iniciados rigiendo criterio que se modifica (Sentencias del TC 200/90, de 10 de diciembre; 221/91, de 25 de noviembre; 126/92, de 28 de septiembre; 207/92, de 30 de noviembre; 90/93, de 15 de marzo; 160/93, de 17 de mayo; 192/94, de 23 de julio, entre otras muchas). No menos inconsistente es el recurso al principio de no retroactividad, pues el cambio de criterio no está contenido en ninguna disposición legal, ya que no lo es una sentencia, y el artículo 9.3 de la Constitución abarca a «disposiciones». Por otra parte, estamos en lo mismo: si el principio de varonía es o no opuesto al derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Comentario.—Después de las fluctuaciones jurisprudenciales, parece haber sido resuelta definitivamente la cuestión en el sentido que siempre he creído debía serlo, esto es, manteniendo la vigencia del Derecho histórico en este punto, vigencia que había venido siendo consagrada doctrinal y jurisprudencialmente hasta que una equivocada interpretación de los preceptos constitucionales intentó desvirtuarla. La razón fundamental es la de que la norma general es perfectamente compatible con el Derecho excepcional, una de cuyas manifestaciones lo constituye el privilegio (cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte general*, t. I, IEP, Madrid, 1955, págs. 113, 115-118). De seguir el criterio opuesto, tampoco podría mantenerse la vigencia de otras sucesiones excepcionales, como la de los patrimonios rústicos protegidos.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.
(SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El fideicomisario sucede al fideicomitente, no al fiduciario.

La interpretación del testamento, que corresponde al Tribunal de instancia, es revisable en casación cuando es absurda e ilógica.

La interpretación del testamento ha de ser subjetiva, en orden a descubrir la voluntad del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan claramente los hechos que motivaron el pleito:

Primero.—Los hechos que, como base fáctica del presente recurso, han quedado acreditados son los siguientes, teniendo especial importancia las fechas de los mismos: 1.º Don Pedro de Ulzurum de Asanza y Barberán,

Marqués de Tosos, contrajo matrimonio con doña Agustina Gas Ferrara, sin que tuvieran descendencia. 2.º El citado marqués mantuvo una intensa amistad con don Tomás Edo Ausina, abuelo del actor, hasta el punto que cuando falleció el mismo, su hijo, de corta edad, don Luis Edo Villar, se trasladó al domicilio del marqués, el cual asumió los gastos de alimentación y educación, criándolo como si de un hijo se tratara, relación familiar que se mantuvo durante toda la vida del marqués y que continuó a su fallecimiento con su viuda, con la que convivieron el señor Edo y sus hijos (actor y demandado) y después de muertos reposan juntos los cadáveres de los marqueses y los del señor Edo y su segunda esposa. 3.º El mencionado don Luis Edo Villar contrajo matrimonio con doña María Asunción Llovet Coquillat (recurrente en casación), en fecha 10 de enero de 1916; de dicho matrimonio no han sobrevivido descendientes; 4.º Don Pedro Ulzurum otorgó tercer y último testamento en fecha 16 de octubre de 1925: en él se vertieron una serie de disposiciones y respecto a la institución de heredero expresa literalmente: «...*instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que muerta ésta, pasarán, también en usufructo, los bienes a don Luis Edo Villar, y por fallecimiento de éste sería heredera usufructuaria su esposa doña María Llovet Coquillat, y muertos estos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testador*». El día 19 del mismo mes y año falleció. El día 13 de abril de 1939 falleció su viuda y primera heredera doña Agustina Gas Ferrara. 5.º A finales de 1920 se había producido la separación de hecho de don Luis Edo Villar y su esposa doña María Asunción Llovet Coquillat; en fecha 22 de septiembre de 1933 se dictó sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declarando disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, por la causa primera del artículo 3 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, declarando cónyuge culpable a la esposa, la cual el 16 de octubre de 1941 renunció a restablecer la normalidad de su matrimonio canónico. 6.º En fecha 16 de octubre de 1933, don Luis Edo Villar contrajo matrimonio con doña Concepción Juan Tarazona, teniendo dos hijos: don José Luis Edo Juan (demandante y actual recurrido en casación) y don Luis Enrique Edo Juan (codemandado). Don Luis Edo Villar falleció el 15 de agosto de 1963 y doña Concepción Juan el 7 de abril de 1967. 7.º Doña María Asunción Llovet aceptó la herencia como heredera usufructuaria el 5 de agosto de 1983, la cual obtuvo la posesión de parte de los bienes del testador el 22 de abril de 1986, cuando se le concedió en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en sentencia dictada en apelación por la Audiencia de Teruel. 8.º Habiéndose planteado litigio sobre quién era el fideicomisario último, si la «sucesión legítima» o «el alma del testador», en el sentido de que la sucesión legítima estaba formada por los hijos mencionados, don José Luis Edo Juan y su hermano don Luis Enrique Edo Juan, o bien era una disposición de los bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, según dispone el artículo 747 del Código Civil, esta Sala dictó sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto por el Arzobispado de Valencia, de fecha 6 de octubre de 1994, quedando aquellos dos hermanos Edo como fideicomisarios últimos.

Segundo.—La base jurídica se centra en dos cuestiones: la sustitución fideicomisaria y la interpretación del testamento.

La primera de ellas, la sustitución fideicomisaria, apenas regulada en el Código Civil (arts. 781 y sigs.) ha tenido una larguísima tradición histórica,

una importante aunque escasa aportación doctrinal y muy pocas sentencias modernas de esta Sala, la mayoría de las cuales se refieren a la sustitución fideicomisaria de residuo: así, Sentencias de 13 de marzo de 1989, 22 de julio de 1994 y 22 de noviembre de 1996; o bien, al poder de disposición del fiduciario, como la de 28 de febrero de 1996; o a la relación con la institución en usufructo, en Sentencias de 3 de noviembre de 1989 y 18 de julio de 1990. En todo caso, el causante —testador, fideicomitente— dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el *ordo sucessivus* que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero sólo es fiduciario, el último sólo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomiso y los intermedios son fideicomisario respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no sólo no hay duda, sino que lo expresa claramente la Sentencia de 22 de noviembre de 1996 (fundamento 1.º, párrafo 2.º): *ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario*. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, indigidad y prohibiciones vienen referidas exclusivamente al fideicomitente.

La segunda cuestión, la interpretación del testamento, sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa (art. 675 del Código Civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido, conviene destacar la Sentencia de 31 de diciembre de 1992 que dice (en su fundamento 1.º): *La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas, integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (Sentencias de 6 de abril de 1992, y las que en ella se citan de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 4 de enero de 1981; 9 de marzo de 1984; 9 de junio de 1987; 28 de abril de 1989; 30 de noviembre de 1990; 18 de julio de 1991, etc.)*. Cuya doctrina ha sido mantenida constante y reiteradamente por esta Sala, siempre insistiendo en que con la interpretación del testamento se busca el sentido y alcance de la voluntad del testador. Siendo el testamento un negocio jurídico *monis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la

muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo.

Tercero.—El único motivo de casación, al amparo del artículo 1.692, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se apoya en la infracción del artículo 675 del Código Civil en relación —ciertamente innecesaria— con el artículo 1.281. Ha dicho con abrumadora reiteración la jurisprudencia de esta Sala que la función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley: así, Sentencias, entre otras muchísimas, de 26 de julio de 1994, 20 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1997; esta última dice (fundamento 2.º, párrafo 2.º): *es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es (Sentencias de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 8 de junio de 1982; 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, y 29 de enero de 1985) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (Sentencia de 4 de noviembre de 1961), cuando su interpretación cae en lo «arbitrario» (Sentencia de 25 de abril de 1963), contiene un «muy manifiesto error» (Sentencia de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965) es «desorbitada» (Sentencia de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (Sentencias de 10 de junio de 1964; 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965), ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (Sentencias de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988).*

En el presente caso, la interpretación que han hecho las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código Civil. El testamento del fideicomitente es de fecha 16 de octubre de 1925 y falleció tres días después, el 19. El momento en que procede la interpretación no puede ser sino en estas fechas. En ellas, la heredera usufructuaria, fideicomisaria (y fiduciaria respecto a fideicomisarios posteriores) nombrada *nominatim* era doña María Asunción Llovet Coquillat, esposa de don Luis Edo Villar: la separación de hecho se había producido años antes de otorgar aquel testamento; la disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del testamento y de la muerte del causante fideicomitente, en el año 1933.

La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 del Código Civil de la interpretación que hacen las sentencias de instancia se debe a que pretenden averiguar la voluntad real del testador en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando en 1925 se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios —como la actual recurrente en casación— tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito —por muerte del fiduciario-fideicomisario anterior— de la herencia a ella como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia

recurrida de que «no la hubiera nombrado heredero» de haber conocido los hechos —posteriores a la muerte del testador— que motivaron el divorcio; es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador; es contrario al artículo 675 del Código Civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no sólo al mismo, sino también a la muerte del testador.

Cuarto.—Debe acogerse, pues, el único motivo de casación y resolver la Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como señala el artículo 1.715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La cláusula testamentaria antes transcrita y con referencia a la recurrente en casación es válida y se interpreta como resulta de su tenor literal en el sentido de que doña María Asunción Llovet Coquillat es heredera fideicomisaria en usufructo, que ha adquirido lícitamente, teniendo capacidad para aceptar la herencia (según los arts. 992 y sigs. del Código Civil) y capacidad para suceder (art. 744 del Código Civil), no teniendo prohibiciones (arts. 752 y sigs.) ni habiendo incurrido en causa de indignidad (art. 756) que lo son en relación al causante, que es el fideicomitente. Por lo cual debe desestimarse la demanda en sus pretensiones principales.

El apartado quinto del suplico de la demanda contiene una pretensión, subsidiaria a las anteriores y por si éstas no se estiman, relativas al codemandado, consistente en que don Luis Enrique Edo Juan satisfaga al demandante don José Luis Edo Juan el precio de unas fincas al tiempo de la evicción, interés, frutos, rendimientos, gastos y costas. Siendo la evicción la privación de la cosa comprada que sufre el comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra (art. 1.475 del Código Civil) uno de los requisitos es, según lo dicho, la privación en virtud de sentencia firme (art. 1.480). Lo que no se ha producido en el presente caso, en que este proceso se limita al derecho hereditario de doña María Asunción Llovet Coquillat y no puede alcanzar a un temor remoto de que si ésta es —como efectivamente lo es— heredera en usufructo, le podría reclamar unas fincas que el actor había comprado a su hermano, en cuyo caso, si le cita de evicción (art. 1.481) y se cumplen todos los requisitos, podrían reclamarle los conceptos que enumera el artículo 1.478. En consecuencia, debe desestimarse la pretensión subsidiaria.

Comentario.—Superadas las dificultades que ofrecía el principio *semel heres, semper heres*, para evitar las cuales ya el propio Derecho romano ideó varios expedientes, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que el fideicomisario es heredero del fideicomitente, esto es, sucede a éste y no al fiduciario. Sería, sin embargo, preferible estimar que más de un verdadero sucesor es un adquirente del remanente hereditario resultante de la liquidación de la herencia que, por lo mismo, trae causa del fideicomitente, de modo directo, asemejándose su posición a la del legatario de una universalidad cuando adquiere los bienes fideicomitidos sin estar totalmente liquidados, o a la del legatario de parte alícuota, cuando los adquiere después de efectuada la liquidación de la herencia. Esta solución parece ser la que mejor conviene para una construcción unitaria de la sustitución fideicomisaria en sus diversas modalidades y guarda congruencia con la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de que el fiduciario realice por sí solo la partición de la herencia, lo que será de todo punto necesario cuando los fideicomisarios sean

desconocidos (v.gr.: por no haber nacido todavía) (Sentencias de 31 de enero de 1958 y 9 de febrero de 1959).

ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1998.)

La petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan aceptación tácita de la herencia, porque ésta es un negocio jurídico unilateral voluntario y libre, mientras que el pago del impuesto es un deber jurídico.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había confirmado la del *Juzgado* de Primera Instancia número 1 de Villagarcía de Arosa, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—Se formula en el proceso por la parte demandante, ahora recurrida en casación, una acción reivindicatoria; por la parte demandada, actual recurrente en casación, se pretende la desestimación de la demanda y se formula reconvencción; la base fundamental de estas dos últimas pretensiones es la alegación de que don Luis Cordal Carús había aceptado tácitamente la herencia de su madre doña Restituta Carús Várela antes de que la repudiara expresamente y, por tanto, esta repudiación hecha en escritura pública de 19 de agosto de 1978 es nula.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villagarcía de Arosa, en Sentencia de 18 de octubre de 1994, estimó la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda y desestimó la reconvencción negando con muy detallados argumentos que se hubiera producido una aceptación tácita de la herencia antes de la repudiación expresa. Apelada, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.^a, dictó Sentencia de 7 de febrero de 1995, dando por reproducidas las «acertadas razones jurídicas» de la anterior e insistió en la validez de la repudiación (fundamento 4.º) y la inexistencia de una aceptación tácita (fundamento 5.º).

Por la parte demandada y reconviniente se formula recurso de casación basado en un solo motivo que defiende la existencia de aceptación tácita anterior a la repudiación expresa de la herencia de la mencionada causante. El presente recurso se centra, pues, en el tema de la aceptación tácita de la herencia.

Segundo.—Ante todo, hay que partir de dos puntos. El primero, de carácter jurídico, es el relativo a si la aceptación tácita de la herencia es una cuestión de hecho que debe mantenerse en casación si no se impugna eficazmente, o bien es una cuestión de derecho y, por tanto, revisable en casación. Pese a ser una pregunta que no siempre ha sido planteada correctamente, la solución es clara: lo que es materia exclusiva del Tribunal *a quo* es el hecho o hechos que declara haber sido realizados por el heredero y el título con el que éste ha actuado; y, por el contrario, es cuestión jurídica objeto de casación la decisión sobre si tal hecho supone o no la voluntad de aceptar, es decir, aceptación tácita.

El segundo, de carácter fáctico, es que la causante doña Restituta Carús Várela falleció el día 16 de diciembre de 1976, y su llamado (con delación) como heredero don Luis Cordal Carús repudió la herencia de la anterior en

escritura pública, en fecha 19 de agosto de 1978. Es, pues, en este lapso de tiempo en el que deben contemplarse los hechos que se discute —es el objeto del presente recurso de casación— si constituyen aceptación tácita de la herencia de aquélla. Y en relación con ello debe destacarse el rigor que debe presidir el desenvolvimiento lógico de la presunción de que se ha querido aceptar.

Tercero.—La aceptación tácita la define el artículo 999, párrafo 3.º, del Código Civil: *la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*; lo cual expresa la idea que ya recogían Las Partidas (sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza «*actos de señor*»; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de *actos concluyentes* de los que se deriva la *voluntad inequívoca* de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia.

En esta misma línea de pensamiento, la Sentencia de 24 de noviembre de 1992 (fundamento 7.º) dice que la aceptación tácita se realiza *por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia*, cuyo concepto viene de sentencias más antiguas, como las de 13 de marzo de 1952, 27 de abril de 1955 y 15 de junio de 1982, y es recogido, a su vez, por la de 12 de julio de 1996: *aquellas que por sí mismo o mero actuar indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos, es decir, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decidirse después de aceptar o, en otro sentido, que el acto revele, sin duda alguna, que el agente quería aceptar la herencia o la de ser ejecución facultad del heredero*.

Otras sentencias han contemplado supuestos concretos de aceptación tácita: la de 10 de noviembre de 1981, la disolución de una sociedad con asistencia a la Junta General de todos los accionistas; la de 15 de junio de 1982, el cobro de créditos hereditarios; la de 20 de noviembre de 1991, instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida; la de 24 de noviembre de 1992, la impugnación de la validez del testamento de la causante, en el que excluía al demandante de la herencia; la de 12 de julio de 1996, la dirección del negocio que había sido del causante; la de 10 de octubre de 1996, la aceptación expresa de una herencia en la que, por el *ius transmissionis*, se contiene la aceptada tácitamente.

Sentencias más antiguas hacen también la aplicación del concepto de aceptación tácita a casos concretos: ostentar ante la Administración el título de heredero (Sentencia de 18 de junio de 1900), venta de bienes hereditarios (Sentencia de 6 de junio de 1920), otorgamiento de escritura de apoderamiento (Sentencia de 23 de abril de 1928) interponer reclamaciones o demanda (Sentencias de 7 de enero de 1942 y 13 de marzo de 1952), hacer gestiones sobre bienes hereditarios (Sentencia de 23 de mayo de 1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (Sentencia de 16 de junio de 1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (Sentencia de 14 de marzo de 1978).

Cuarto.—Lo anterior es aplicable al presente caso. Los hechos (incólumes en casación, a los que el recurso ha hecho alusión, pero no los ha combatido

directamente, como no podía ser menos) que las sentencias de instancia (del Juzgado y de la Audiencia, ya que ésta da por reproducidas las «acertadas razones jurídicas» de aquélla) estiman acreditados, en relación con la posible aceptación tácita, son los siguientes:

— Las obras de ampliación y mejora de la finca (el único bien de trascendencia económica de la herencia de la causante doña Restituta) se realizaron, en su mayor parte, en vida de la causante; no consta que alguna se hiciera por don Luis Cordal Carús en el período de tiempo antes aludido, entre la muerte —apertura de la sucesión— de la causante (1976) y el momento de la repudiación (1978).

— Las contribuciones por la propiedad no fueron pagados ni constan los recibos a nombre de don Luis Cordal Carús, en esta misma época.

— Los gastos de mantenimiento y de mejora de la finca no fueron sufragados por don Luis Cordal Carús.

En los tres apartados anteriores, éste, en aquello que actuó personalmente, lo hizo en concepto de administrador.

— La instalación, por el mismo, en la finca, del consultorio de odontología, dio lugar a una posesión, no en concepto de propietario, sino en calidad de usufructuario.

En consecuencia, de los actos expuestos no se desprende la aceptación tácita de la herencia de doña Restituta Carús por don Luis Cordal Carús, pues no significa, ni uno solo de ellos, un «acto de señor», es decir, ninguno supone necesariamente la voluntad de aceptar, ni ha ejecutado ninguno que no tendría derecho a hacerlo sino con la cualidad de heredero, tal como expresa el artículo 999, párrafo 3.º del Código Civil. Por el contrario, tal como exponen como hechos acreditados las sentencias de instancia, son actos de mera administración, que con ninguno de ellos se han tomado el título o la cualidad de heredero.

Quinto.—En relación con lo anterior, aunque distinto a ello, es la cuestión relativa a si la *petición de liquidación y el pago del impuesto de sucesiones*, respecto a la herencia de doña Restituta Carús, por don Luis Cordal Carús, significa la aceptación tácita de dicha herencia. Efectivamente, éste hizo tal petición en fecha 22 de marzo de 1977 en la que en ningún momento se manifestó como heredero, sino como hijo de la causante (hace mención del testamento en el que se le nombra heredero, junto con su hermano premuerto y la sustitución vulgar a favor de los hijos de este último) y asimismo hizo el pago (también lo hicieron los demás designados herederos, por sustitución vulgar, en el testamento) en fecha 6 de junio de 1977.

Examinada con detalle toda la doctrina moderna, tanto más cuanto más especializada es en materia de Derecho de sucesiones, no hay un solo autor que mantenga que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio signifique, por sí mismo, una aceptación tácita de la herencia. Partiendo de la frase extraída de la doctrina, dicha antes, sobre el «rigor que debe presidir el desenvolvimiento lógico de la presunción de que se ha querido aceptar», la doctrina estima que «no es seguro» o que «es discutible» que aquellas petición o pago signifiquen aceptación tácita, o afirma que «el llamado a la herencia que realiza el pago obedece a una imposición legal en lugar de un acto que pueda significar libre aceptación», o más claramente, que «no se puede afir-

mar que la jurisprudencia considere por sí solos como actos adquisitivos la solicitud y obtención de la declaración de herederos y de la práctica de liquidación del impuesto de derechos reales incluso hacer efectivo éste».

Con esta última frase de la doctrina se relaciona ésta con la jurisprudencia. Ni una ni otra son fuentes del derecho; la primera tiene el valor que le confiere la autoridad científica del autor que la expone y el que le dan los argumentos que maneja, aunque sin duda carece del carácter de fuente, tal como se ha dicho por la jurisprudencia desde la antigua Sentencia de 10 de diciembre de 1984 hasta las más modernas de 14 de diciembre de 1967 y 25 de abril de 1978; la segunda, jurisprudencia, tampoco es fuente del derecho aunque tiene el valor que proclama el artículo 1.6 del Código Civil de complementar el ordenamiento jurídico, lo que se refleja, como misión más importante, en la función de la unidad de criterio en la aplicación e interpretación de la norma jurídica.

En el presente caso tiene importancia interpretar y aplicar el artículo 999 del Código Civil en relación a la cuestión concreta de si es aceptación tácita la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio. La Sentencia de 22 de junio de 1923 entendió que no implica aceptación tácita el haber firmado el llamado a la herencia una instancia al Delegado de Hacienda para evitar la imposición de una multa por falta del pago del impuesto, llamado entonces de derechos reales; varias sentencias estiman que hubo aceptación tácita en dicho pago, pero nunca por esto solo, sino por razón de otros actos que fueron decisivos para la consideración de la aceptación tácita: así, la de 23 de abril de 1928 (otorgamiento por el interesado de escritura de arrendamiento de bienes hereditarios), 23 de mayo de 1955 (intervención en la adjudicación de bienes, percepción de alquileres y celebración de contratos), 31 de diciembre de 1956 (enajenación de bienes hereditarios). Asimismo, la Sentencia de 15 de noviembre de 1985 (fundamento 2.º) estima que hubo aceptación tácita cuando una serie de actos acreditan que mantenía la condición de propietario de los bienes heredados y, además, presentó escritos para la liquidación de los impuestos de derechos reales. Y también, la Sentencia de 4 de junio de 1987 (fundamento 2.º) estimó aceptación tácita por asumir la totalidad del patrimonio causante, ejercer actos significativos, declararlo en confesión judicial, y por último presentar instancia y pagar los derechos sucesorios.

Como conclusión, la jurisprudencia nunca ha mantenido y no hay ninguna sentencia de esta Sala que lo mantenga, que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio tenga por sí mismo la consideración de aceptación tácita.

Sexto.—En el presente caso, se acepta la actual doctrina científica y se mantiene la doctrina jurisprudencial y se reafirma que la *petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita de la herencia*. Si va acompañada de otros actos decisivos, verdaderos «actos de señor» puede ser un argumento adicional para estimar la presencia de una aceptación tácita, pero no por sí sola. El pago del impuesto es un deber jurídico que impone una ley fiscal y no puede entenderse que sea un acto libre, sino, por definición, un acto debido; la primera norma del Código Civil de la sección dedicada a *la aceptación y repudiación de la herencia* es el artículo 988, que proclama el primero de los caracteres de la aceptación, la voluntariedad, y del que se desprende la naturaleza jurídica de negocio jurídico unilateral no recepticio, al disponer que *la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*.

Por otra parte, que la norma tributaria establezca que el sujeto pasivo del impuesto de sucesiones es el heredero, tampoco significa que su pago por un llamado, con delación, implique una aceptación tácita de la herencia, ya que es un acto de administración (si ha pagado y repudia, podrá reclamar su importe al verdadero heredero), acto debido que debe realizar para evitar una sanción. Además, la ley tributaria no puede imponer una adquisición de la herencia, contraria a los principios del Código Civil que derivan directamente del Derecho romano: adquisición por aceptación voluntaria, no por cumplimiento del deber fiscal (si éste se asimilara a la aceptación tácita); la legislación fiscal parece responder al sistema germánico de adquisición de la herencia, que se produce por la muerte del causante al exigir al «heredero» el pago del impuesto, so pena de sanción económica, a partir del instante de la muerte, como si en este momento fuera ya heredero.

Séptimo.—En consecuencia, no hubo aceptación tácita sino repudiación de la herencia de doña Restituta Carús Várela por parte de don Luis Cordal Carús, como negativa a ser heredero, que produce la extinción de la delación del repudiante y provoca una nueva delación que en el presente caso viene determinada por el derecho de acrecer a favor de sustitutos vulgares.

Lo anterior implica la desestimación del motivo único de casación, formulado al amparo del artículo 1.692, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega infracción de los artículos 997, 999 y 1.000, número 3.º, del Código Civil, siempre en el sentido de que hubo aceptación tácita que la produjo la petición de liquidación y pago del impuesto de sucesiones. Ya se ha dicho que ello no implica tal aceptación tácita por los argumentos que se han expuesto y porque así lo entiende también la doctrina y la jurisprudencia. La cita de un autor de principios de siglo, que emplea argumentos no aceptables ni hoy seguido por ningún otro autor; la mera mención de dos fechas de sentencias sin explicación de lo que realmente mantienen; la referencia, aunque sin alegarla como infringida, de la legislación en materia de impuesto de sucesiones, representada por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, no aplicable al caso de autos que sucedió diez años antes; todo ello ya ha sido tratado y no se acepta ni uno solo de los argumentos: no hubo aceptación tácita, sí hubo repudiación de la herencia y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita.

Comentario.—Parece que no debe mantenerse que en todos los casos la petición de liquidación y el pago del impuesto no entrañan aceptación tácita de la herencia. En efecto, si uno de los herederos, y con más razón si es heredero único, efectúa la autoliquidación de la herencia y en documento privado —que, caso de heredero único, es inscribible en cuanto a los inmuebles en el Registro de la Propiedad— describe los bienes, los valora y se los adjudica, firmando dicho documento, entiendo que hay base suficiente para que ello entrañe una aceptación tácita de la herencia. En el caso de la sentencia comentada, aunque ello no resulta completamente claro de la sentencia ni de los antecedentes suministrados, no aparece probado que don Luis Cordal se adjudicase los bienes hereditarios, sino que se limitó a pagar el impuesto en base a la liquidación posiblemente efectuada por otra persona (los famosos «peritos» —con caneto y todo— que pululan en la región gallega). Hubiera sido interesante conocer el trasfondo del asunto, esto es, las razones que motivaron la repudiación año y medio después de muerta la madre.

La afirmación de que el pago del impuesto es un acto debido, es algo muy relativo. Porque sólo será acto debido si se acepta la herencia. Si el heredero comienza por repudiarla no deberá pagar impuesto alguno. El pago del impuesto se genera sólo en tanto en cuanto se acepta la herencia. Por ello es muy difícil sostener que el pago del impuesto, con la autoliquidación que implica, sea un acto neutro.

USUFRUCTO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: DISTINCIÓN. REPRESENTACIÓN. DERECHO DE ACRECER. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que había revocado la del Juzgado número 1 de Pola de Laviana, que había estimado la excepción de falta de jurisdicción.

La cláusula testamentaria cuya interpretación origina el presente litigio es del tenor literal siguiente: «Los bienes que constituyen el tercio de mi libre disposición, más los de la cuota viudal, cuando ella —la esposa del testador— muera, y todo el resto del tercio de mejora, se adjudicarán solamente en usufructo vitalicio, por partes iguales, *in stirpes*, a mis hijos y descendientes legítimos de hijos fallecidos (esto es, a los nueve citados en la cláusula cuarta), pasando todo el pleno dominio de los referidos bienes únicamente a los herederos *in stirpes* de los usufructuarios citados que sean descendientes de ellos en virtud de matrimonio canónico, entre los cuales herederos se repartirán dichos bienes a partes iguales *in stirpes*, según queda dicho».

Al no disponer acerca de la nuda propiedad, podría entenderse:

A) Que estamos en presencia de una sustitución fideicomisaria encubierta, tesis que apunta la sentencia de la Audiencia y que descarta el Tribunal Supremo, porque la expresión «solamente en usufructo vitalicio» impide tal asimilación.

B) Que se trata de una institución de herederos hecha en favor de los *nondum concepti*, admitida por la doctrina y por la jurisprudencia como institución de herederos sujeta a la condición de que tales sucesores expectantes existan y sean capaces para suceder en el momento del fallecimiento del usufructuario, que es el momento en que se produce la delación respecto del mismo.

En el presente caso, el llamamiento *in stirpes* significa que los bienes se dividen en nueve partes que se adjudican en usufructo a los ocho hijos y a la nieta, hija del primogénito. Entiendo que cada una de estas partes constituye un *totum* independiente e incommunicable con el resto de los bienes usufructuados por los demás. Cuota representativa de los bienes que, en mayor o menor cantidad, según el número de descendientes (herederos *in stirpes* de los usufructuarios respectivos) correspondan a todos ellos por partes iguales. Se cierra así, por tanto, cualquier comunicación vía testamentaria entre los descendientes, hijos de cada usufructuario, de manera que bien puede decirse, con la sentencia recurrida, que «tal cláusula testamentaria no establecía mecanismo alguno para el caso de que cualquiera de los usufructuarios falleciera sin stirpe, esto es, sin descendientes, que fue lo que ocurrió con el

citado don Augusto». Al fallecimiento abintestato del usufructuario tales bienes no han de incluirse dentro de su sucesión intestada, por lo mismo que no existe sustitución fideicomisaria, sino que ha de estarse al complementario mecanismo de la apertura de la sucesión intestada del *de cuius* para distribuir entre los que resultan ser sus herederos legales el pleno dominio de los bienes usufructuados.

Se rechaza el derecho de representación porque en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos, esto es, incluye a los sobrinos *ex fratre*, pero no a los sobrinos-nietos. También se rechaza el derecho de acrecer, en el sentido pretendido por el recurrente, consistente en que la herencia no ha de dividirse en cuotas ideales a las que puedan concurrir solamente los descendientes de un particular usufructuario, sino estableciendo un solo caudal que ha de dividirse entre todos los herederos sujetos a condición, por partes iguales. El Tribunal Supremo rechaza esta interpretación y, de acuerdo con la tesis de la Audiencia, entiende que las porciones se individualizan *in stirpe*, según reitera el testador, con lo que la idea de un caudal común respecto de un llamamiento conjunto a los descendientes de los hijos usufructuarios desaparece.

F. C. L.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

(Departamento de Derecho Civil de la UNED. Dirección: Prof. LASARTE.)

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS. NO PUEDE PEDIRSE CUANDO LOS JUZGADORES RESOLVIERON LA CUESTIÓN LITIGIOSA CON ESTRUCTURA SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS EN QUE QUEDO PLANTEADO EL DEBATE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. González Poveda.

En juicio de cognición seguido ante un Juzgado de Primera Instancia de León se declaró correcta la cuantía de una revisión de renta, de acuerdo con el artículo 101 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial. El arrendatario condenado interpone demanda ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León contra el Magistrado-Juez que dictó la citada sentencia en primera instancia y contra los tres Magistrados de la Audiencia Provincial que la confirmaron, pidiendo que se declarase la responsabilidad civil de los mismos por dolo, culpa o ignorancia inexcusables, y que se les condene al pago de 94.499 pesetas. Practicadas las pruebas pertinentes, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictó sentencia absolviendo de responsabilidad a los Magistrados demandados, con imposición de costas al demandante.

Este último interpone recurso de casación, basándose en cinco motivos, no muy claramente determinados, que el Tribunal Supremo rechaza, desestimando.

do la petición e imponiéndole nuevamente las costas. En su doctrina se confirma el fallo de las instancias anteriores que aplicaron correctamente el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, origen del pleito inicial. En el Fundamento jurídico 5.º se declara que para aplicar, *mutatis mutandi*, lo prevenido en el artículo 1.902 del Código Civil es preciso que el Juez o Magistrado haya procedido con infracción manifiesta de la Ley o faltado a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad y haber producido perjuicios estimables en metálico.

Es decir, sigue la sentencia, que la exigencia de esa responsabilidad ha de descansar forzosamente en esa actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción con la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, pero ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la voluntad negligente o ignorancia inexcusable a que se refiere el artículo 903 de la LEC, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple error judicial o deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, como lo designan los artículos 121 de la Constitución, 410 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. García Várela.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Balaguer se promovió juicio declarativo en el que el demandante reclamaba al Ayuntamiento de Almenara 11.998.902 pesetas en concepto de daños sufridos en su explotación agrícola a consecuencia de unas obras municipales de apertura de un camino, que supusieron la inutilización del sistema de riego por aspersión de la finca, originando su sequía. El Juzgado condenó al Ayuntamiento a abonar al actor cinco millones de pesetas y la Audiencia Provincial elevó la cuantía indemnizatoria a 6.304.000 pesetas.

El recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento se basa en primer lugar en la incompetencia de jurisdicción, considerando que el asunto corresponde a la vía contencioso-administrativa y no a la civil. Después de la supresión del párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código Civil y la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativas Común, parece evidente un cambio del panorama competencial, siendo la tendencia del artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el Tribunal Supremo declara en esta sentencia que por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios precedentes al menos para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, o sea que debe aplicarse el artículo 1.902 del Código Civil en materia de daños producidos por una Administración Pública, cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas.

El Tribunal Supremo también rechaza las alegaciones del Ayuntamiento de que había prescrito la acción y de que no había existido nexo causal entre el daño y el hecho que lo produjo, por lo que se desestima el recurso de casa-

ción, con condena en costas y se ~~confirma~~ ^{confirma} la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida.

ACCIDENTE DE TRABAJO MEDIANDO FALTA DE PRECAUCIÓN EN LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

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

Un empleado de una sociedad dedicada a la descarga de buques en el puerto de Mahón, al realizar una determinada maniobra material, resbaló desde una altura de 2,27 metros y cayó al suelo, dándose un fuerte golpe en la región frontal, a consecuencia del cual falleció tres días después. Aunque había varios obreros, el *capataz* encargó la tarea, sin ayuda, solamente a la víctima, manifestando ésta al caer que se había resbalado. Por lo que parece probado, el trabajador no tomó las precauciones debidas y contribuyó al resultado con su propia conducta.

La viuda y la hija del fallecido demandan a la empresa, solicitando una indemnización de 9 millones de pesetas, siendo desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón. Se apela ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, donde se dicta sentencia parcialmente estimatoria, declarando que la indemnización debe fijarse tan solo en 4 millones de pesetas.

En la sentencia de casación, el Tribunal Supremo declara que el fallo recurrido aplica el supuesto de «corresponsabilidad» al apreciar que la víctima contribuyó eficazmente al resultado con su propia conducta, por lo que se rebaja la indemnización pedida de 9 a 4 millones de pesetas.

Valorando los hechos para aplicar los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil se recogen en la sentencia recurrida la falta de luz, ausencia de casco y no uso por el trabajador de una escalera que estaba a su disposición, pero eso no desvirtúa la existencia también de una omisión clara por parte de la empresa demandada de dejar hacer solo a la víctima, sin prestarle la debida ayuda o vigilancia, una maniobra peligrosa como fue encaramarse a una altura de 2,27 metros en circunstancias adversas, puesto que la previsibilidad del posible riesgo de la operación correspondía al *capataz* que ostentaba la jefatura del grupo contratado y permitió que la víctima actuase sin casco y sin usar la escalera.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL ARTICULO 1.902. DOCTRINA SOBRE LA CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Sierra Gil de Biedma.

Contra una empresa vendedora de maquinaria se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao número 13 demanda reclamando once millones de pesetas en concepto de indemnización por el daño causado a la víctima por la pérdida grave de visión de un ojo, habiéndose producido este hecho cuando el demandante manejaba una máquina vendida por la empresa demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva, desestimando la demanda sin entrar en el fondo; pero el fallo es revocado por la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Bilbao, la cual fijó la indemnización en diez millones de pesetas.

La sociedad demandada recurre en casación, pero el Tribunal Supremo desestima el recurso recogiendo la doctrina que para aplicar el artículo 1.902 del Código Civil ya se sentó en la Sentencia de 12 de mayo de 1993, donde se declaró que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el sentido subjetivo de responsabilidad, según impone el artículo 1.902 del Código Civil, ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandada por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable; ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada; pero, sin embargo, la evolución de dicha objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aún con todo el vigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.

Del *factum* de la sentencia recurrida se infiere indudablemente que la máquina cuya utilización causó el daño no iba acompañada de la información suficiente para su adecuada utilización, ya que no se indicó cual era la tronzadora conveniente para utilizar el soporte productor del accidente, ni los límites de fuerza aplicables al pretensado, ni ningún otro dato o información de interés. De esa falta de información se deduce la causa del accidente, según la sentencia recurrida que queda confirmada por el Tribunal Supremo.

RESPONSABILIDAD MEDICA. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD O DE MEDIOS. CULPA. NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

Un anestesista perteneciente al cuadro médico de un hospital de Tarrasa intervino en una operación practicada a un paciente consistente en una timpanoplastia efectuada con anestesia general controlada por un aparato propiedad del hospital, que tenía un sistema de alarma cuyo funcionamiento no fue probado por el anestesista en el momento previo a la intervención. En el transcurso de ésta, el paciente sufrió una anorexia cerebral que no activó la alarma, en el mismo momento en que el anestesista había dejado de controlar el estado de aquél en el monitor electrocardiográfico. Sobrevino al operado una cianosis por ausencia de oxigenación y falleció como consecuencia de su estado de coma profundo por descerebración.

Contra el médico anestesista se siguió proceso penal que terminó archivándose por fallecimiento del acusado.

Entonces se interpone, por la viuda e hijos del paciente que murió en la operación, demanda contra los herederos del anestesista, su compañía de seguros y el hospital, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Tarrasa por entender que la actuación de dicho anestesista no fue incorrecta, ya que el aparato de control funcionaba con normalidad antes de la operación.

La Audiencia Provincial revocó tal sentencia, condenando a los demandados solidariamente al pago de 14 millones de pesetas de indemnización y éstos recurren en casación considerando infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

En el Fundamento jurídico 5.º, el Tribunal Supremo declara que, según reiterada jurisprudencia, la obligación del médico es de actividad, no de resultado; pero en este caso se ha probado que el anestesista causó un daño desproporcionado con aquella actividad, del que se desprende la culpabilidad del autor. Se ha acreditado que el sistema de alarma no fue probado en el momento previo a la intervención y el médico había dejado de controlar el estado del paciente en el monitor electrocardiográfico, pese a que debía exigirse una mayor atención al ser una intervención en regiones anatómicas cráneo-faciales configuradas en cavidades de difícil acceso quirúrgico. Por ello, queda acreditada la culpa del anestesista y se ha aplicado correctamente el artículo 1.902 del Código Civil.

En cuanto al hospital, le alcanza la responsabilidad directa del artículo 1.903 del Código Civil como centro o empresa en que se desarrollaba la actividad profesional del anestesista.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DEL INSALUD POR NEGLIGENCIA DEL PERSONAL SANITARIO. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Vela.

Los padres de una niña nacida con secuelas de retraso psicomotor demandaron a la doctora y al INSALUD, pidiendo indemnización por daños y perjuicios derivados de las secuelas de ese retraso causado por hipoxia neonatal que padece la menor como derivación del tratamiento facilitado a la madre gestante.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo acogió parcialmente la demanda, absolviendo a la doctora y condenando al INSALUD al pago de las cantidades que se determinen una vez concretado el alcance de las lesiones y secuelas de la menor.

El citado Instituto, una vez confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial, interpone recurso de casación al que no da lugar el Tribunal Supremo.

En el fundamento jurídico segundo se dice que la sentencia de instancia no excusa la responsabilidad al personal sanitario, sino que, por el contrario, señala que infiere la negligencia médica por falta de la actuación del facultativo que atendió a la gestante cuando se le presentó la complicación descrita en la última fase del proceso de gestación, próxima al parto, con las consecuencias que tal omisión podían previsiblemente provocar en el feto; y más adelante señala que esta carencia sanitaria, que no es susceptible de individualización ni de instrumentalización particularizable, es imputable al INSALUD, como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el funcionamiento

de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los centros que dependen del mismo, siempre que se acredite la relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento del servicio en cuestión.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA TEORÍA DEL RIESGO. LESIONES POR COGIDA DE VAQUILLA EN UN FESTEJO DE PUEBLO. INEXISTENCIA DE CULPA EN EL ORGANIZADOR DEL FESTEJO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1997.)

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

El demandante sufrió determinadas lesiones al ser golpeado por una vaquilla en los encierros y capeas que tuvieron lugar en la localidad de Velayos (Ávila). Por ello demanda una indemnización al organizador del festejo y también a una compañía que había asegurado los posibles accidentes en tal evento, siendo parcialmente estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ávila, que condenó al organizador del festejo a pagar al actor 3.448.000 pesetas, de las cuales deberían abonarse 1.200.000 pesetas por la compañía aseguradora. Como consecuencia del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Ávila absuelve al organizador y rebaja la indemnización a 400.000 pesetas a pagar por la compañía de seguros.

El Tribunal Supremo decide no haber lugar a la casación solicitada por el demandante, confirmando la sentencia de la Audiencia.

En el segundo fundamento jurídico se dice que es conveniente traer a colación la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala al respecto y, a tales efectos, resulta claro que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa. Así pues, se sigue diciendo, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.

La absolución del organizador del festejo se basa en que el simple hecho de organizar no supone culpa o negligencia alguna, cuando el festejo se celebró con toda normalidad y las medidas de seguridad corresponden al Ayuntamiento y la simple noción de riesgo es insuficiente por sí para generar una responsabilidad por culpa extracontractual.

ACCIDENTE LABORAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. NO RESPONDE EL EMPLEADOR. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Almagro Noseete.

El oficial primero de una empresa de artes gráficas actuaba habitualmente como encargado del taller, dada la no presencia del empresario en el lugar de trabajo. Con ocasión de haberse producido un fallo de impresión al confeccionar unos carteles de colores, por desplazamiento de la tinta en unas mil hojas aproximadamente, dicho encargado en ausencia y sin autorización del empresario, y para que éste no se enterara de la deficiente impresión, ordenó que se comprara un bote de tetracloruro de carbono para intentar la corrección de los carteles. El producto referenciado, de alta toxicidad, fue usado por cuatro trabajadores, entre ellos el propio encargado, el cual hubo de ser ingresado en un hospital de Badalona, donde pasó a cuidados intensivos, quedó en coma y falleció. Incoadas diligencias previas por el Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, recayó sentencia absolutoria para el empresario.

Pero la viuda e hijos del fallecido interponen demanda por responsabilidad civil y el Juzgado de Primera Instancia número 26 de dicha capital dicta sentencia desestimatoria que es confirmada por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo no admite la casación pedida al haber ocurrido el daño por culpa exclusiva de la víctima. Se dice en el tercer fundamento que los hechos acreditados revelan de forma unívoca la inexistencia de acción u omisión culposa en la conducta del empresario, que estrechamente vinculada al resultado luctuoso producido, genere su responsabilidad a tenor del artículo 1.902 del Código Civil pues ya quedó constatado en las actuaciones penales, administrativas y laborales, como también en las presentes, que fue precisamente el trabajador fallecido quien, por propia iniciativa y actuando como encargado en funciones, en ausencia del empresario, encargó la compra del producto tóxico, pagándolo de su propio bolsillo, y con el ánimo de corregir la defectuosa tirada de los carteles y evitar dar cuenta del defecto al empleador, que se mantuvo ajeno a tal iniciativa de su trabajador y desconociendo en suma la adquisición del tóxico y su uso en la empresa días antes al accidente letal.

RESPONSABILIDAD MEDICA. CARGA DE LA PRUEBA. ES PRECISO ACREDITAR LA FALTA DE DILIGENCIA O EL INCUMPLIMIENTO DE LA «LEX ARTIS». (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrelavega se reclama la cantidad de diez millones de pesetas a un médico y su compañía de seguros ejercitando el demandante la acción de resarcimiento del daño causado por la amputación de una pierna, alegando que se produjo como consecuencia de la falta de tratamiento adecuado a la infección que sufría tras la intervención quirúrgica realizada por el doctor ahora demandado.

El Juzgado dictó sentencia absolutoria que fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia que recoge con todo detalle las fases de la enfermedad del paciente, concluyendo que la actuación del médico fue correcta.

El Tribunal Supremo en una amplia y muy razonada sentencia desestima la casación, declarando que en la responsabilidad médica hay que acreditar

no sólo el daño sino la autoría y la relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o «lex artis ad hoc»; de ahí que se afirme que al ser la obligación del médico la de observar esos deberes asistenciales o sea «los medios para curar» y no el resultado o la curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD PROCESAL INJUSTIFICADA DE UN PROCURADOR. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Morales Morales.

Varias personas conjuntamente promovieron cuatro procesos de tercería de mejor derecho ante un Juzgado de Primera Instancia de Onteniente, siendo desestimadas sus demandas, por lo que interpusieron cuatro recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia. En un momento determinado, el Procurador que llevaba los asuntos renunció a seguir ostentando la representación de los apelantes, por lo que éstos contrataron los servicios de otro Procurador que aceptó personarse en nombre de ellos en los cuatro recursos de apelación. Sin embargo, se personó tan solo en uno de tales recursos, que fue estimado por la Audiencia, y, en cambio, no se personó en los otros tres recursos restantes, que fueron por ellos declarados desiertos.

Con esta base los interesados perjudicados interponen demanda contra el Procurador y su compañía de seguros, ejercitando la acción de responsabilidad por culpa contractual al no haberse personado a pesar de haberse comprometido a ello, reclamándole 17.649.435 pesetas.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda condenando al Procurador y su compañía aseguradora tan solo a pagar a los demandantes el importe de las costas procesales causadas en los recursos declarados desiertos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia condena al Procurador que incumplió a pagar no solo las costas dichas, sino además una indemnización de 15.500.000 pesetas más el interés legal.

El Procurador condenado y la compañía que asegura su responsabilidad civil solicitan la casación de la sentencia de la Audiencia, lo que se deniega por el Tribunal Supremo, con condena en costas.

Se declara que los hechos integradores del pleito han significado un incumplimiento contractual productor de daños y perjuicios, pues el Procurador, no obstante haber aceptado representar a sus clientes, dejó de personarse en los recursos de apelación, lo que determinó que éstos fueran declarados desiertos. Los daños y perjuicios, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (art. 1.106 CC) no son solamente los materiales o económicos, sino también los morales, siempre que, como en este caso, aparezcan probados. La negligente conducta del Procurador ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los apelantes al dejarles privados del conocimiento y resolución por el tribunal competente de dichos recursos, cuyo daño moral, claramente producido, es el que se declara indemnizable.

J. M.^a C. G.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS QUE AFECTAN A NAVE ARRENDADA. EL «LITIS CONSORCIO» PASIVO NECESARIO NO DEVIENE FORZOSO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE ILÍCITOS CULPOSOS. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juez de Primera Instancia número 12 de *Zaragoza* dictó sentencia con fecha 22 de septiembre de 1992 estimando en parte la demanda interpuesta por la representación A.F.M. y Artesanía Sac, S. A., contra tres demandados: F.P.R. (arrendador de la nave), el Excmo. Ayuntamiento de Cuarte y L.J.D.L., en juicio de menor cuantía, sobre culpa extracontractual y reclamación de daños y perjuicios que afectan a nave arrendada, en la que se solicitaba se condenase a los demandados a satisfacer solidariamente a los actores las cantidades que por el Juzgado se estimen justas en el momento de dictar sentencia, o en ejecución de sentencias, más sus intereses legales correspondientes, sin perjuicio de las facultades del Juzgado en orden a establecer proporcionalmente los importes que cada uno de los demandados condenados deban satisfacer a los actores a modo de responsabilidad interna y compartidas entre ellos.

El Juzgado en su fallo condenó a los tres demandados a que de forma conjunta y solidaria paguen al demandante A.F.M. la cantidad de quinientas sesenta y dos mil doscientas treinta y siete pesetas y a la codemandante Artesanía Sac, S. A., la de trescientas cuatro mil novecientas cincuenta y tres pesetas.

La Audiencia Provincial de *Zaragoza*, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 1993 que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de A.F.M. y Artesanía Sac, S. A., y por la representación de uno de los demandados F.P.R., absolviendo a este último, arrendador de la nave siniestrada, de la demanda contra él entablada y con la elevación de la suma fijada como indemnización que ha de satisfacerse a A.F.M. a seis millones trescientas setenta mil trescientas noventa y dos pesetas y a Artesanía Sac, S. A., a cuatro millones de pesetas.

La representación de L.J.D.L., interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Ruina de la nave por rotura de tuberías de la propiedad, y con posterioridad reventó la tubería municipal, por consecuencias de deficiente reparación del socavón que produjo en la vía pública la primera *rotura*, facilitándose la salida descontrolada, abundante y continuada de las aguas que invadieron la nave de referencia.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero del recurso interpuesto por el codemandado L.J.D.L., amparado en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción por inaplicación del artículo 359 de dicha ley y doctrina de la Sala respecto a la exigencia de litis consorcio pasivo necesario, y conteniendo como pretensión del motivo que había que demandar al Arquitecto que planeó y dirigió la construcción de la nave. Se desestima el motivo alegándose que, materia de culpa extracontractual, la situación de litis consorcio pasivo necesario no deviene forzosa, ya que el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los responsa-

bles del evento que causó el daño cuya reparación económica postula, como deudores por entero y principales, conforme al artículo 1.144 del Código Civil, por razón de la solidaridad que los relaciona.

Otro de los motivos del recurso denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, y se aduce que al resultar absuelto uno de los demandados de los tres interpelados, acogiendo a la mera referencia que la sentencia recurrida hace al Arquitecto que construyó la nave el tercio de las responsabilidades correspondientes se carga al recurrente y al Ayuntamiento interpelado, cuya responsabilidad queda determinada en un cincuenta por ciento teórico para cada uno de ellos. Se desestima el motivo y se aduce que el reparto de responsabilidades, que se cuantifica, se hace de forma solidaria conforme a la doctrina jurisprudencial, que declara que al producirse concurrencia ilícitos culposos, procede la solidaridad en el pago de las indemnizaciones como protección a los perjudicados, cuando no resulta determinable la concreta responsabilidad de los plurales causantes del daño.

Apuntes.—Sobre la aplicación del artículo 1.144 del Código Civil y la posibilidad de repetir solidariamente contra los responsables del evento, véase reiterada doctrina en STS de 11 de octubre de 1991, 21 de abril de 1992, 30 de septiembre de 1992, entre otras.

En relación con la doctrina de que ante la concurrencia de ilícitos culposos, estima que procede la solidaridad en el pago de las indemnizaciones como protección a los perjudicados, por no resultar determinable la concreta responsabilidad de los causantes del daño, véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1993 y de 26 de noviembre de 1993.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL ARRENDATARIO. LITISPENDENCIA IMPROCEDENTE. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Teruel, dictó Sentencia con fecha 27 de mayo de 1993, desestimando la demanda interpuesta por la representación de Auto Recambios Segorbe, S. L., contra los tres demandados: Construcciones Lam, S. A., contra F.A.C. y contra M.A.G., en juicio declarativo de menor cuantía sobre culpa extracontractual (desplome de nave arrendada), donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de cantidad, desestimándose la demanda por estimación de la excepción de litispendencia opuesta por los demandados Construcciones Lam, S. A. y por F.A.C. (pues M.A.G. se hallaba en situación procesal de rebeldía), sin prejuzgar las pretensiones contenidas en la demanda.

La Audiencia Provincial de Teruel dictó Sentencia con fecha 30 de noviembre de 1993 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Recambios Segorbe, S. L. y condena a los demandados: Construcciones Lam, S. A. y a F.A.C. a que conjunta y solidariamente, abonen a la actora la suma de 34.607 (treinta y cuatro mil seiscientos siete pesetas), más la que se fijará en fase de ejecución por el valor de la mercancía y mobiliario que resultaron inutilizados al desplomarse parte de la nave, sin que este último concepto indemnizatorio pueda rebasar la suma reclamada por la actora y que ascendió a 15.664.044 pesetas (quince millones seiscientos sesen-

ta y cuatro mil cuarenta y cuatro pesetas), debiendo así mismo satisfacer el interés legal de la cantidad líquida desde la fecha de interposición judicial.

La representación de Construcciones Lam, S. A., interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Obras de excavación irregulares que llevó a cabo Construcciones Lam, S.A. que incidieron directamente en la causación del derrumbamiento de la nave, originando daños a Auto Recambio Segorbe, S. L., en las mercaderías, mobiliario y elementos del negocio depositados en la nave, así como el traslado a otras dependencias distintas para continuar sus actividades comerciales.

Doctrina de la sentencia.—La parte recurrente en casación postula, en el motivo más controvertido, la concurrencia de la excepción de litispendencia, que autoriza a plantear el artículo 533-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no aceptada por el Tribunal de Instancia, por lo que alega infracción del artículo 1.252 del Código Civil en el apartado cuarto del artículo procesal 1692. No se estima por que, —pese a la evidente conexión que presenta con relación al sujeto activo que se reputa autor del daño del desplome de la nave y respecto a los objetos depositados en la misma y los derivados de las actividades comerciales desarrolladas— no se da identidad de las partes litigantes en los pleitos confrontados, pues en el primero, el actor que reclama, lo hizo en la condición de propietario de la nave siniestrada, y en el actual proceso la entidad demandante Auto Recambio Segorbe, S.L., actúa como arrendataria de dicho inmueble, postulando indemnización por los daños causados en las mercaderías, mobiliario y elementos de su negocio depositados en la nave y los consecuentes del traslado a otras dependencias distintas para continuar sus actividades comerciales. De manera que aunque el pleito actual resulta condicionado por lo resuelto en el anterior, ya se ha resuelto el litigio anterior, y se ha apreciado culpa civil y se ha declarado a Construcciones Lam autora material por las obras de excavación irregulares llevadas a cabo, y tal conducta imprudencial se proyecta necesariamente en esta litis.

Apuntes.—Conforme a doctrina reiterada, para la estimación de la litispendencia se exige la concurrencia de las debidas identidades subjetivas, objetivas y causales entre el pleito pendiente y el promovido con posterioridad, siendo ineficaz cuando son diversas las cosas litigiosas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica. Lo que viene a justificar dicha excepción es evitar resoluciones contradictorias y opera de modo que la sentencia recaída en un pleito precedente produzca excepción de cosa juzgada en el posterior.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL, TENDIDO ELÉCTRICO DE ALTA TENSIÓN. MUERTE POR DESCARGA ELÉCTRICA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Fernández Cid de Termes.

Resuelve recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zamora, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de dicha capital, interpuesto por la Compañía Iberdue-

ro, S. A., hoy Iberdrola, S. A., en el que son recurridos G.A.M y C.P.F. En el juicio ordinario declarativo de menor cuantía promovido por G.A.M y C.P.F se dictó sentencia admitiendo la condena solicitada por la parte actora consistente en satisfacer 16.000.000 de pesetas en concepto de resarcimiento por los daños y perjuicios, intereses legales y pago de costas. Dicho sentencia se confirmó por la Audiencia Provincial de Zamora que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Hechos.—El día 21 de agosto de 1988, cuando don Juan Pablo Avedillo Pérez se encontraba trabajando en una finca de regadío propiedad de su padre, atravesada por una línea de alta tensión de 13.200 voltios —pertene-ciente a la demandada, al manejar los tubos empleados para el riego por aspersión, de una longitud normalizada de seis metros, recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte por fibrilación ventricular, ocurriendo que cuando se realizó la instalación del tendido la finca ya era de regadío y el día de los hechos la altura de los cables se hallaba a 6,26 metros del suelo, sin que se probase que el tubo que transportaba los hubiera tocado el ahora fallecido, pero considerando que los cables de alta tensión en zona húmeda suponen un riesgo para los usuarios de la finca que debió ser previsto, realizando la instalación eléctrica de forma adecuada para evitarlo, lo que supone una actividad culposa que genera responsabilidad civil.

Doctrina del Tribunal.—Se desestima el único motivo del recurso, formula-do al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-vil, que denuncia «aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos 1.103 y 1.104 del mismo Código, aplicables también a las obligaciones extracontractuales, alegándose en el desarrollo del recurso que no se tuvo en cuenta la existencia de una servidumbre legal de paso forzoso de línea de conducción eléctrica, regulada por Ley 10/1996 de 23 de marzo, cons-tituida en 1964 con el consentimiento del entonces propietario de la finca. Se desestima el citado motivo porque «no consta probado un actuar culposo de la víctima, y no consta que se pactase la no utilización de la finca para regadío, ni siguiera de que se advirtiese de los peligros de electrocución por inducirse una descarga eléctrica, lo que era previsible y evitable por los técnicos en la mate-ria» pero de conocimiento inexigible a los agricultores, por lo que consta un actuar culposo de la víctima, y ello obliga a excluir la posibilidad de culpa ex-clusiva de la víctima o de concurrencia de culpas en el proceso causal.

Apuntes.—Tal y como se dice en la propia sentencia no es posible en este supuesto aplicar la doctrina emanada de sentencias dictadas en supuestos de accidentes ferroviarios en los que la víctima, conocedora de que la finca está atravesada por la vía férrea, intenta cruzarla por lugar inapropiado y no adap-tado para ello y que da lugar a la apreciación de la concurrencia de culpas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. SE ESTIMA. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

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

Se desestima la demanda interpuesta en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núme-

ro Uno de los de San Sebastián, seguido a instancia de doña G.P.A., contra la sociedad Anónima de Deportes y Espectáculos y contra la Aseguradora Mudespa, sobre reclamación de cantidad, donde se solicitaba se condenase a éstos de forma conjunta y solidaria al pago de la cantidad de diecisiete millones ciento nueve mil ochenta y cinco pesetas más las costas que se originen, más los intereses previstos, a partir de la fecha de la sentencia.

La Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 16 de marzo de 1993, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña G.P.A y se condena a los demandados a pagarle conjunta y solidariamente la suma de cinco millones doscientas veintiuna mil ochenta y cinco pesetas.

La representación de la Aseguradora Mudespa presentó recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el motivo primero del recurso de casación, que se fundamenta en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 1.968-2 del Código Civil en relación con los artículos 1.902 y 1.969 del mismo cuerpo legal, argumentándose que, desestimada la prescripción de la acción en la sentencia de primera instancia no fue rebatida por la ahora recurrente en casación en la fase de apelación, lo que por sí sería suficiente para declarar el fracaso del actual motivo.

Se aprecia además interrupción de la prescripción al amparo del artículo 1.973 del Código Civil, porque como quedó probado hubo comunicación escrita —correspondencia por carta entre las partes —lo que, de conformidad con la doctrina constante de la jurisprudencia de la Sala, el incremento de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción (Sentencia de 16 de marzo de 1981, 22 de septiembre de 1984 y 12 de junio de 1990, entre otras).

Se desestima el segundo de los motivos, basado también en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.902 en relación con el 1214 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial sobre la culpa extracontractual, y se argumenta por la Sala que la omisión culpable aparece con claridad meridiana, desde el instante mismo que la empresa de espectáculos no realizó las operaciones necesarias, para dar la seguridad necesaria a unas escaleras, por la que transitaba toda clase de personas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN POR ACTO ILÍCITO CIVIL CON LA INDEMNIZACIÓN LABORAL. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juez de Primera Instancia número cuatro de Pamplona, dictó Sentencia con fecha 16 de mayo de 1994, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de G.M.G. y su esposa E.G., en juicio de menor cuantía, contra «España Pipelines, S. A., donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la suma de 25.167.920 pesetas, estimándose la condena en la cantidad de tres millones de pesetas con sus intereses legales.

La Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, dictó Sentencia con fecha 3 de noviembre de 1994 estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las partes (demandante y demandado), con parcial re-

vocación de la sentencia de Primera Instancia, condenando a la demandada a pagar a los actores la cantidad de 11.167.920 pesetas.

La representación de G.M.G. y su esposa E.G. interpuso recurso de casación cuyo motivo fue estimado. Los motivos del recurso de «España Pipelines, S. A.», fueron desestimados.

Hechos.—G.M.G (hijo de los demandantes) falleció el día 7 de febrero de 1992 al ser arrollado por una máquina retroexcavadora en su puesto de trabajo en la entidad «España Pipelines, S. A.», que a su vez era propietaria de la máquina excavadora y empleadora del conductor de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El único motivo, del recurso interpuesto por los actores del proceso, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, invoca infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 1 de mayo de 1985, 8 de noviembre de 1990, 2 de enero de 1991, 27 de noviembre de 1993 y 7 de marzo de 1994, según la cual la indemnización por acto ilícito civil es compatible con la indemnización laboral, en cuanto el orden jurisdiccional civil es independiente del social para enjuiciar conductas al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. El motivo se estima, ya que sobre la base de los anteriores razonamientos, la Audiencia, al **cuantificar** la indemnización por daños, incluso morales, estima adecuada la cifra de 16.000.000 de pesetas, cifra que debió conceder, sin reducirla en 5.000.000 por haberlos recibido los actores de la compañía aseguradora en concepto de indemnizaciones laborales legales obligatorias.

El motivo único alegado en el recurso, por la representación de España Pipelines, S. A., alegaba infracción del artículo 1.902 del Código Civil y jurisprudencia, y que, en todo caso, no se tuvo en cuenta la concurrencia de culpa de la propia víctima. Se desestima sobre la base de que el conductor no guardó toda la diligencia exigible.

Apuntes.—Sobre el error en la apreciación de la prueba, que se aduce como motivo, es jurisprudencia consolidada en Sentencias de 18 de abril de 1922, de 27 de octubre de 1997 y de 19 de noviembre de 1997, entre otras, que el de apelación posee libertad para su apreciación, de no ser que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues de lo contrario se transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

En relación con el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 del Código Civil porque el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla, véase entre otras, las Sentencias de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACIÓN PREVIA A LA VIA ADMINISTRATIVA. ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. LA REGLA DEL ARTICULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Várela.

El Juez de Primera Instancia número ocho de Oviedo, dictó Sentencia con fecha 10 de diciembre de 1992, desestimando la demanda interpuesta por la

representación de M.R.R., en juicio de menor cuantía, contra el Insalud, en la persona de su legal representante en Oviedo, y contra el médico S.V.F., donde suplicaba se condenase a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 12.000.000 de pesetas, y otra cantidad que se estime procedente, más los intereses desde la fecha de la interposición de esta demanda.

La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 19 de octubre de 1993 que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de M.R.R. y revocando la sentencia de Instancia condenó a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 5.000.000 de pesetas.

La representación del Insalud y la de S.V.F. interpusieron recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—**Secuelas** de intervención quirúrgica, consistente en la histerectomía total más anexectomía bilateral que le fue practicadas y en cuyo curso se dañó el uréter de la actora lo que le produjo una fístula uterovaginal que precisó de varias operaciones posteriores, concluidas con la extirpación de su riñón derecho.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero, del recurso deducido por Insalud —al amparo del artículo 1.692-4 de la LEC, por infracción del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, por cuanto según se aduce se ha omitido la reclamación previa a la vía administrativa. Se desestima porque la exigencia de la reclamación previa, según se advierte, tiene como formalidad esencial la de impedir que la administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que, sin duda, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento del futuro litigio, y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación, y en virtud de la semejanza o equiparación, la falta de reclamación previa entra en la categoría de los defectos corregibles, constituyendo una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso por lo que la mera irregularidad no provoca problema casacional.

El segundo de los motivos del recurso, deducido por Insalud, en relación con el error en la valoración de la prueba valorada por el de apelación, se desestima porque como es doctrina jurisprudencial el último citado posee, en principio, soberanía para dicha apreciación, salvo que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

El recurso del médico S.V.F., apoya uno de los motivos en el 1692.4 de la LEC por inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil, y se desestima porque según se advierte, la Sala ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifica, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

Apuntes.—**Sobre** el error en la apreciación de la prueba, que se aduce como motivo, es jurisprudencia consolidada en Sentencias de 18 de abril de 1922, de 27 de octubre de 1997 y de 19 de noviembre de 1997, entre otras, que el de apelación posee libertad para su apreciación, de no ser que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues de lo contrario se transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

En relación con el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla, véase entre otras, las Sentencias de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. González Poveda.

El Juez de Primera Instancia número tres de los Aviles, dictó Sentencia con fecha 10 de mayo de 1994, desestimando la demanda interpuesta por la representación de V.T.G., contra Lar Gallego de Aviles, Sociedad Recreativa, en juicio de menor cuantía, sobre culpa extracontractual y reclamación de daños y perjuicios sufridos por el actor en el accidente sufrido en las instalaciones de la misma, donde suplicaba se condenase a la parte demandada a pagar como indemnización la cantidad de 31.000.000 de pesetas y subsidiariamente a la cantidad que resulte del período de prueba.

La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 1994 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de V.T.G.

La representación de V.T.G. interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—En el mes de julio de 1990 el actor, de profesión electricista, en su calidad de socio directivo de la entidad demandada y junto con otros socios, estaba preparando el local de la sociedad demandada para la celebración de las fiestas de Santiago Apóstol, concretamente la instalación del palco de música y un toldo para la pista de baile, cuando se apercibió que una lámpara con forma de cruz situada en el techo (que él mismo había confeccionado e instalado eléctricamente el año anterior) tenía varias bombillas sin alumbrar, por lo que procedió espontáneamente a repararla valiéndose de una escalera de mano, y cuando la estaba manipulando, la lámpara, sufrió una descarga eléctrica, quedando sujeto a aquélla por unos instantes hasta que fue desconectada la corriente mediante el accionamiento del interruptor. Momento en el que el actor cayó al suelo, produciéndose las serias lesiones que le aquejan.

Doctrina de la sentencia.—Los dos motivos del recurso se analizan conjuntamente por ser común su línea argumental, alegándose en el primero la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y en el segundo la jurisprudencia de esta Sala en torno a ese precepto legal. Ambos se desestiman porque no resulta en autos una acción u omisión imputable a la sociedad demandada que pueda calificarse de culposa o negligente y, menos aún, que el estado defectuoso de la instalación eléctrica permita afirmar la existencia de un nexo causal entre la actuación de la demandada y el resultado dañoso sufrido por el actor, siendo correcta la valoración de la Sala de instancia al establecer como única causa determinante del resultado lesivo la propia conducta negligente del demandado que, no obstante su profesión de electricista, manipuló la lámpara sin desconectar la corriente, por lo que se aprecia culpa exclusiva de la víctima.

CIRCULACIÓN. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SECUELAS GRAVES). (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

Mediante Sentencia de 17 de enero de 1991 se estima la demanda interpuesta en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana, a instancia de doña Olivia Kuess contra don Domingo González Quevedo y la entidad Mutua Nacional del Automóvil, sobre reclamación de cantidad, donde se solicitaba se condenase a éstos de forma solidaria al pago de la cantidad de sesenta y cuatro millones cuarenta mil novecientos treinta pesetas, más los gastos médicos que se acrediten en período probatorio o en el de ejecución de sentencia, más los intereses de la anterior cantidad y las costas del juicio.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 1993, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados y con imposición de las costas al apelante.

La representación de Mutua Nacional del Automóvil presentó recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Sinistro ocurrido el día 13 de enero de 1984 en la C-812 término de San Bartolomé de Tirijana, km. 48.500 de la Isla de Gran Canaria, en el que resultó gravemente lesionada la parte actora con secuelas determinantes de gran invalidez y la necesidad de ser auxiliada por tercera persona.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el motivo primero del recurso de casación, que se fundamenta en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal, así como el segundo motivo, basado en la aplicación indebida del artículo 1.902.

La tesis casacional se apoya en que el conductor demandado no tuvo intervención culposa alguna en la causación del accidente de circulación, argumentándose que concurre culpa exclusiva de la víctima.

Argumenta el Tribunal al desestimar el primero de los motivos que los hechos probados no integran esta declaración, ya que atribuyen al conductor la total responsabilidad del accidente y no en razón exclusivamente al resultado ocasionado con su actuar.

El último de los motivos acusa infracción del artículo 1.103 del Código Civil, argumentando que se da concurrencia de culpas, lo que se traduce en la moderación de las indemnizaciones, pero estima el Tribunal que la pretendida aplicación al caso del artículo 1.103 del Código Civil, precisa que se hubiera decretado, integrando base fáctica firme, que la demandante tuvo participación en el accidente, estableciéndose así su culpa concurrente, lo que aquí no sucede y hace inaplicable el instituto de la compensación y el repar-timiento del *quantum*.

ACCIÓN CIVIL TRAS ACCIÓN PENAL. PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juez de Primera Instancia número ocho de Tarrasa dictó Sentencia con fecha 27 de abril de 1993, estimando la demanda interpuesta por la represen-

tación de C.C.R. e hijos frente a C.M.C. y Caja Hispana de Previsión (Cashipa), y condenando a los demandados a abonar conjunta y solidariamente la cantidad de 22.330.473 pesetas con el devengo de un interés equivalente al interés legal a contar desde la fecha de presentación de la demanda, y estimando la excepción de prescripción invocada por la parte demandada declaró improcedente entrar a resolver sobre la nulidad de pleno derecho de los títulos de capitalización.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 1 de diciembre de 1993, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cashipa, condenando a C.M.C. y solidariamente a Cashipa al pago a C.C.R. y a sus hijos en proporción a sus respectivas participaciones a la cantidad de 7.405.440 pesetas con sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

La representación de Cashipa y la representación de C.C.R. y sus hijos, interpusieron recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—C.C.R. y sus hijos suscribieron con M.C.M., agente comisionista de la entidad demandada, un total de 253 títulos que no eran amortizables en la forma habitual, por un capital nominal de 19.675.000 de pesetas, pagando regularmente las cuotas y el agente le entregaba los recibos justificativos, hasta que esto último cesó. Posteriormente M.C.M. suscribió con C.C.R. un documento que bajo la forma de un préstamo consistía en una apropiación indebida.

Los hechos se denunciaron en vía criminal y las actuaciones, tras diversas vicisitudes, como el procesamiento y la declaración de rebeldía, etc., terminaron por auto de sobreseimiento en virtud de prescripción.

Doctrina de la sentencia.—El recurso de C.C.R. y sus hijos consta de un solo motivo, que se apoya en el número cuarto del artículo 1.692 de la L.E.C. y alega error de derecho en la apreciación de la prueba por no haberse valorado adecuadamente la pericial, con infracción por inaplicación del artículo 101 y 104 del Código Penal y la teoría de las deudas de valor, pero el Tribunal estima que si a lo que se aspira con el recurso es a mayor cantidad en concepto de indemnización, es constante jurisprudencia que entiende facultad del Juzgador fijar el «quantum», como también es constante que las pruebas periciales se aprecian según reglas de la sana crítica, que por no constar en norma escrita alguna, sólo permiten estimar el motivo, si fuere demostrativo de que el Tribunal apreció la prueba de modo absurdo, ilógico o contra norma legal, lo que no sucede en este caso y por lo que se desestima el motivo.

El recurso planteado por Cashipa alega una vez más la prescripción de acción que apoya en la inaplicación del artículo 1.968, párrafo segundo del Código Civil, en relación con el 1964, aplicado según se dice indebidamente, entendiendo que el plazo de prescripción es el de un año y que se rebasó ampliamente. Dicho motivo se desestima por estimarse que la pretensión ejercitada es la reparación de un daño por romper un vínculo de naturaleza contractual, siendo en consecuencia el plazo de prescripción de quince años.

El segundo de los motivos que acusa infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil se desestima sobre la base de los razonamientos del primero.

El último motivo, que discute la cuantía de la indemnización, se desestima por valorarse que las consecuencias de la ruptura de contrato de capitalización ha causado grave daño a los inversores.

Comentario.—En relación con la cuestión de la prescripción de las acciones, como se pone de manifiesto en la propia sentencia, en nuestro ordenamiento jurídico la acción civil se ejercita conjuntamente con la penal (artículo 105 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), bien por el Ministerio Fiscal (artículo 105) o por la parte perjudicada (110) salvo que ésta renuncie o se la reserve (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y promovido juicio criminal no puede seguirse sobre el mismo hecho, pleito civil hasta que termine aquella vía (artículo 114).

La acción penal prescribe cuando transcurre el tiempo fijado en el Código para el delito de que se acusa, y la civil, si se ejercitan juntas, sigue el mismo régimen que la penal respecto al lapso de prescripción. Si ejercitada la vía penal termina sin condena, como en el caso presente, y no se declaran inexistentes los hechos, queda expedita la vía civil.

En el caso de autos la pretensión ejercitada es la reparación de los daños por romper el vínculo contractual y en consecuencia, aun alegada en la demanda la responsabilidad extracontractual, en realidad se está ante una contractual y en consecuencia el plazo de prescripción es el de quince años.

ALEGACIÓN DE PRETENDIDA NEGLIGENCIA MEDICA POR ACCIÓN U OMISIÓN. ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juez de Primera Instancia número uno de Gerona, dictó Sentencia con fecha 24 de noviembre de 1992, fallando, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión debatida, por apreciar la prescripción de la acción ejercitada, absolver a los demandados (Doctor don José Armengol Albanell, el Hospital Doctor Josep Trueta y el Instituto Catalán de la Salud) de las pretensiones contra ellos formuladas en la demanda interpuesta por la representación de don J.C.C., consistente en la condena, por negligencia médica, al pago de la suma de veinte millones de pesetas, más los intereses correspondientes desde la iniciación del juicio, de forma global y solidariamente.

Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Segunda, dictándose Sentencia con fecha 24 de septiembre de 1993 donde se desestima la demanda interpuesta por don J.C.C.

Se interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona denunciando infracción del artículo 1.902 del Código Civil.

Hechos.—Don J.C.C. interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Gerona, sobre negligencia médica.

La acción ejercitada se deriva de accidente de coche, y al ser trasladado al hospital de Gerona Doctor Josep Trueta, ingresado en la UCI, y atendido que fue por el Dr. señor Armengol, no atendió los requerimientos de los familiares, por lo que se solicitó por la familia el traslado de centro hospitalario y en la Ciudad Sanitaria del Vall d Hebrón se le amputó la totalidad de la pierna considerándose que fue debido a la negligencia del citado doctor.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el único motivo de casación alegado y se fundamenta la resolución del alto Tribunal, en que la inaplicación que se alega del artículo 1.902 del Código Civil, no tiene en cuenta que para aplicar el citado precepto se exige la concurrencia de tres requisitos (acción u omisión, culposa o negligencia, daño y relación de causa a efecto) y la Audiencia ha afirmado que no se aprecia el primero de los requisitos, y, aunque la existencia de acción u omisión se obtiene de la valoración de las pruebas, y como éstas se rigen por normas jurídicas, es posible que se infrinjan éstas al valorarlas y quepa impugnar la sentencia en casación, pero ni la parte denuncia violación alguna de norma valorativa de prueba, y la Audiencia tras valorar las pericias dice que no hubo omisión de diligencia alguna.

M. G. L.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: DE RENFE, AL NO HABER AGOTADO LAS MEDIDAS DE PRECAUCIÓN EXIGIBLES. ALEGACIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Fallecimiento de dos adolescentes al ser atropellados por un tren. Se encontraban dentro de las vías, esperando el paso del tren para separarse rápidamente de allí, siendo ésta una conducta frecuente entre los jóvenes en las fiestas de la localidad, reiteradamente denunciada por los directivos de la RENFE a la Policía Local, aunque sin éxito. La Sentencia inicial desestima totalmente la demanda con respecto al maquinista del tren, al que sus superiores no habían advertido de la situación, por lo que circulaba a la velocidad normal y autorizada, pero sí estima dicha demanda con respecto a la RENFE y al Ayuntamiento de la localidad, si bien reduciendo la indemnización por la evidente culpa «in educando» de los padres del menor.

Doctrina de la Sentencia.—En relación a la supuesta falta de competencia territorial del Juzgado, se señala que es doctrina reiterada..., que una supuesta falta de competencia territorial no es susceptible de ser sometida a revisión casacional, toda vez que el planteamiento de la misma (que ni siquiera es deducible como propia excepción dentro del proceso, pues el número 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al enumerar las excepciones dilatorias, sólo contempla la falta de competencia objetiva o funcional, no la territorial), tiene un cauce procesal específico, propio y exclusivo, que es el de la inhibitoria o declinatoria... ninguna de las cuales ha utilizado la entidad demandada, que por otra parte se sometió tácitamente al Juzgado de Manzanares cuando en su escrito de contestación a la demanda adujo otra excepción, y además se opuso a ella en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, en vez de limitarse estrictamente a proponer en forma la declinatoria.

Frente al argumento de que no ha existido culpa del agente, al haber sido absuelto el maquinista, por lo que el accidente fué debido a culpa exclusiva de la víctima, se aduce que, 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 (a una cierta objetivación de la responsabilidad extracontractual), 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 haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengan impuestas por las circunstancias..., concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso, dicho elemento culpabilístico ha de estimarse concurrente en el supuesto... respecto de los directivos de RENFE en la estación de Manzanares, ya que, conocedores de la anómala y peligrosa situación... debieron alertar a los maquinistas de todos los trenes que hubieran de pasar por la vía en que se colocaban los jóvenes para que aminoraran la velocidad, e incluso detuvieran la marcha en dicho lugar, advertencia que no hicieron... además, en vez de limitarse a poner los hechos en conocimiento de la Policía Local, debieron recabar de las autoridades gubernativas provinciales, si aquella denuncia no resultaba suficiente, como no resultó, que adoptaran las oportunas medidas de vigilancia, adecuadamente eficaces, para evitar la peligrosa situación creada, al ser persistente la anómala conducta ya antes referida de los jóvenes... La conducta evidentemente imprudente del joven, así como la de sus padres, ya han sido tenidas en cuenta por la Sentencia, que ha reducido la indemnización.

Comentario.—En relación a la primera cuestión, no existe una norma imperativa que determine la competencia territorial para entrar a conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. De esta forma, es admisible la sumisión expresa o tácita de las partes al Juzgado competente objetiva o funcionalmente, y, en defecto de sumisión de las partes, es doctrina unánime que será competente el órgano judicial del lugar donde ocurrieron los daños, por analogía con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las obligaciones contractuales, dado que el lugar de cumplimiento de la obligación debe ser el lugar donde se produjeron los hechos dañosos. Nuestra Sentencia responde así a lo que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, citando ella misma muchas Sentencias al respecto.

En relación a la concurrencia de culpas, de la víctima y de la persona que queda responsable, debemos recordar que es una figura muy frecuente en el campo de la responsabilidad extracontractual. El artículo 1.103 del Código Civil es utilizado en casi todas las Sentencias sobre este tipo de responsabilidad, aunque no sea citado en muchas de ellas, porque ayuda al Juez en su valoración del quantum de la indemnización, valoración que debe regirse por los principios de la equidad. Es lo que ocurre en el caso comentado, en el que, siguiendo una línea muy reiterada (véanse las Sentencias de 20 de mayo de 1986, 2 de marzo de 1988, 22 de junio de 1989, y 11 de julio de 1997), se hace referencia a tal criterio, aunque sin mencionarlo de manera expresa.

En cambio, si la culpa de la víctima hubiera sido exclusiva y excluyente, de manera que el agente no hubiera incurrido en la más mínima negligencia, habiendo intentado además evitar o disminuir el peligro en la medida de lo posible, tal culpa exclusiva hubiese roto el nexo causal necesario para que se genere responsabilidad, exonerándose al agente de la misma. En tal supuesto no serían de aplicación la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad ni la teoría del riesgo.

La cuestión más interesante es, por tanto, la de la apreciación de la culpa del agente. En este sentido, la Sentencia hace referencia a la progresiva objetivación de la responsabilidad, en cuya virtud las consecuencias dañosas de determinadas actividades deben recaer sobre quien ha creado a través de las

mismas riesgos para terceros. Este sistema, de la responsabilidad por riesgo, nos llevaría en el caso examinado a la responsabilidad de RENFE. Ahora bien, señala la Sentencia que, aún aplicando la responsabilidad por culpa, ésta debe apreciarse en la conducta de dicho organismo en el caso que nos ocupa. Se inscribe así en una línea jurisprudencial muy reiterada, que aplica a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 la teoría de la culpa contractual contenida en el artículo 1.904, y en cuya virtud la diligencia exigible no es tan sólo la adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar, sino al entorno social donde se realiza la actividad; la previsibilidad del daño es el verdadero límite a la diligencia exigida, debiendo tal previsibilidad medirse en relación a las circunstancias. Generan responsabilidad, así, tanto la culpa consciente, en la que el agente se plantea que su conducta puede conducir a un resultado dañoso, pero tiene la esperanza de que no se produzca, como la culpa inconsciente, en la que no se plantea el posible resultado dañoso, con tal de que en ambos supuestos el resultado hubiera tenido que ser previsto, atendiendo a su verosimilitud, el valor económico del acto en cuestión, y el de los bienes puestos en peligro. Este mismo criterio es el que lleva a considerar insuficiente el respeto de las disposiciones reglamentarias, si seguía siendo previsible el daño, y a la especial consideración de la culpa profesional. (Son muchas las Sentencias que mencionan la previsibilidad como requisito esencial de la culpa extracontractual, véanse entre otras las de 25 de marzo de 1954, 9 de abril de 1963, 6 de mayo de 1983, 14 de junio de 1984, 8 de mayo de 1986, 5 y 26 de julio de 1989, 30 de mayo de 1991, 24 de enero de 1992).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hehos.—Fallecimiento de un trabajador de la construcción al caer de un andamio y darse un golpe en la cabeza contra un bordillo.

Doctrina de la Sentencia.—Alega la recurrente que el plazo de prescripción del año debe contarse desde la fecha del Auto de archivo de las diligencias previas que se abrieron, aunque dicho Auto no se notificara a los perjudicados no personados; pero el motivo debe desestimarse, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993, de 30 de junio, que declaró que a los perjudicados, aunque no fuesen parte del procedimiento, debía notificárseles la resolución de terminación y archivo del procedimiento (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997, **RJA** número 6708). Por otra parte, la no personación en vía penal no demuestra abandono de los derechos.

En cuanto a la apreciación de la culpa, es claro que Texsa, S.A., incumplió las normas de seguridad e higiene en el trabajo de la construcción (el andamio no estaba anclado ni sujeto al suelo, presentaba desnivel, el suelo del mismo era un tablón estrecho simplemente apoyado en su estructura, sin sujetar), pero también se aprecia en el fallecido una conducta profesional poco diligente, al realizar una maniobra que no le fue ordenada sobre un andamio cuyas deficientes condiciones debía conocer. Todo esto lleva a una reducción del *quantum* indemnizatorio.

Comentario.—La existencia de dos conductas culposas, del agente y del perjudicado, supone una interferencia en la relación de causalidad susceptible

de apreciarse tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, y que puede dar lugar a una absorción de la culpa de la víctima por la del agente, o al revés, en función de sus respectivas magnitudes, o a una reducción de la indemnización reclamada si ambas son similares. En este último supuesto, cuando la conducta de la víctima supone una interferencia en el nexo causal, sin llegar a romperlo, es de aplicación la doctrina de la compensación de culpas, aunque en realidad lo que se compensa no es la culpa de cada parte, sino sus respectivas conductas, y la consiguiente valoración del daño.

En definitiva, estamos ante una aplicación del artículo 1.103 del Código Civil, que atribuye a los Tribunales la facultad de moderar la responsabilidad, y que es utilizado en casi todas las Sentencias sobre responsabilidad extracontractual aunque no sea citado en muchas de ellas, debido a que no existe ningún criterio legal que ayude al Juez en su valoración del *quantum* de la indemnización.

En todo caso, el hecho de que las culpas concurrentes sean distintas, una de tipo profesional (del trabajador) y otra de tipo legal (de la empresa), no influye en la aplicación de la compensación. Lo que es determinante es la existencia de nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido, lo que hace que ambas deban soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción, reduciéndose la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima. Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se hace aplicación de esta figura, como las de 28 de octubre de 1988, 1 de febrero de 1989, 28 de febrero y 1 de diciembre de 1994, 15 de febrero de 1995, o 12 de febrero y 13 de mayo de 1996 (para dos supuestos similares al de la Sentencia comentada).

En cuanto a la prescripción de la acción, el plazo de un año para la reclamación civil por los daños causados empezará a contar desde que finalice el proceso penal, entendiéndose que el plazo se inicia desde que formalmente se notifica al perjudicado la sentencia (véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982 y 26 de septiembre de 1997).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR DURANTE EL PROCEDIMIENTO LA ACCIÓN EJERCITADA POR LA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—**Accidente** ocurrido cuando se prestaban servicios en cumplimiento de un contrato de trabajo. Se ejercita exclusivamente la acción por responsabilidad extracontractual, y, establecida la prescripción de ésta se alega *ex novo* que la acción que se pretendía ejercitar era la de responsabilidad contractual, con base en el contrato de trabajo, y un plazo de prescripción mucho más amplio.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es doctrina reiterada de esta Sala que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, e incluso simplemente proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en

concurso que más se acomoden a aquéllos, dicha doctrina carece de aplicación al supuesto en que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, pues en ese caso el juzgador sólo puede resolver la acción ejercitada sin que le sea posible aplicar las específicas normas de la otra clase de responsabilidad, ya que, si así lo hiciera, cambiando la única y exclusiva acción ejercitada vendría a alterar sustancialmente la *causa petendi* de la demanda, y dejaría a la otra parte en una situación de evidente y totalmente recusable indefensión... Por otra parte, si la única acción ejercitada es la de responsabilidad por culpa contractual con base exclusivamente en el contrato de trabajo, habría que declarar la incompetencia de esta jurisdicción civil para conocer de la misma, sin perjuicio de la jurisdicción social.

Comentario.—La distinción entre el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual se basa en la existencia de una obligación previa entre las partes, y por tanto en los intereses protegidos por cada uno de ellos (asegurar los deberes asumidos con el contrato, o el contrato mismo, o bien asegurar el resarcimiento de los daños causados). Las diferencias esenciales, puestas de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 1984, se encuentran en su origen (infracción de una obligación previa, o simplemente causar un daño), capacidad del sujeto responsable (capacidad para contratar, o no), grado de culpa (en ambos sistemas se observa una tendencia a la objetivación, pero sigue habiendo diferentes regímenes que no se pueden asimilar en bloque), contenido del deber de indemnizar, cláusulas de regulación, plazo de prescripción (mucho más corto en responsabilidad extracontractual), y en el carácter de solidaridad propio de las obligaciones nacidas fuera de contrato en caso de pluralidad de deudores.

Ahora bien, las analogías son también evidentes, al responder a una misma finalidad, resarcir el daño causado (Sentencias de 24 de marzo de 1952, 30 de diciembre de 1980, y 30 de diciembre de 1981). Por ello la jurisprudencia ha afirmado en variadas ocasiones la aplicación subsidiaria del régimen de las obligaciones contractuales respecto de las extracontractuales, lo que además evitará en muchos casos resultados contrarios a la equidad (Sentencias de 19 de junio de 1984, 15 de mayo de 1985, o 16 de diciembre de 1986).

Por otro lado, la integración del contrato conforme a lo previsto en el artículo 1.258 del Código Civil permite un desarrollo muy importante de la configuración de los deberes asumidos por el mismo, pero aún así no puede establecer una regulación absoluta de los intereses de las partes; por eso la existencia de un contrato entre el causante del daño y su víctima no puede excluir por sí sola la responsabilidad extracontractual, sino que se requiere que el hecho se haya producido dentro de la órbita de lo pactado, y como desarrollo del contenido negocial; es así posible la concurrencia de ambas responsabilidades, en yuxtaposición (Sentencias de 9 de marzo de 1983, 11 de mayo de 1984, 23 de marzo de 1988 o 10 de junio de 1991).

Todo esto hace que en aquellos supuestos en los que la distinción sea difícil, porque unos mismos hechos pueden originar ambos tipos de responsabilidad, el perjudicado podrá elegir una u otra acción, o acumularlas para que el juzgador utilice la que mejor proceda. Bastará en realidad con que haya precisión en la exposición de los hechos y en la súplica, aunque no se precise la acción ejercitada.

Ahora bien, si ejercitara una sola, no podrá el actor ejercitar la otra una vez concluido el litigio, en caso de haber obtenido un resultado desfavorable, alegando la variación de la fundamentación jurídica aunque los hechos sean los mismos, por actuar el principio de cosa juzgada (Sentencia de 18 de febrero de 1997). Tampoco podrá el actor modificar la acción alegada durante el proceso, pues se dejaría a la otra parte en una situación de indefensión, al defenderse frente a una determinada pretensión y verse sorprendida después con otra pretensión distinta que hubiera ocasionado otro medio de defensa diferente.

Es cierto que no se puede excusar el pronunciamiento de fondo cuando se pide el resarcimiento de un daño, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea el de responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa (Sentencia de 1 de abril de 1994), pero esto es para el caso de que se deje al juzgador la fundamentación jurídica. El principio esencial *iura novit curia* tiene su límite en la modificación de la acción concretamente utilizada, y no autoriza al juzgador a variar la causa de pedir en exclusiva utilizada, y con ello la propia acción ejercitada; permite superar errores de calificación en que puedan incurrir los litigantes, pero siempre que se ofrezca a ambas partes posibilidades plenas de oposición.

La regla general es que en los supuestos dudosos se aplicarán preferentemente las reglas de la responsabilidad contractual, a menos que concurran ambos tipos de responsabilidad conjuntamente (la compatibilidad entre una indemnización laboral y otra extracontractual en los casos de accidentes de trabajo se ha confirmado en varias ocasiones, como en Sentencias de 21 de marzo de 1969, 9 de marzo y 5 de julio de 1983), y en caso de libre elección del perjudicado de una de las acciones, de duplicidad de la indemnización, y de respeto a la relación jurídica establecida por los litigantes.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION SOCIAL POR PLANTEARSE LA CUESTION COMO RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Explosión de un extintor caducado, con infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo (concretamente de la O.M. de 9 de marzo de 1971 sobre gases licuados o a presión), lo que supone incumplimiento de la relación laboral por la empresa.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada que el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo implica incumplimiento de la relación laboral. Esto determina la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de este litigio, con la consiguiente nulidad de todas las actuaciones planteadas, y la competencia de la jurisdicción social, a la que se reenvía a las partes.

El recurrente mantuvo siempre que ejercitaba una acción de responsabilidad contractual, y con criterio erróneo las instancias anteriores fallaron con arreglo a las normas de la responsabilidad extracontractual, cuando el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción de responsabilidad extracontractual..., no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción por incumplimiento de contrato, y a la inversa, pues en modo

alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviendo un caso distinto al que fue sometido a su decisión.

Comentario.—Véase el realizado a la Sentencia de 26 de diciembre de 1997, inmediatamente anterior. En el caso ahora examinado se excusa el pronunciamiento de fondo sobre el resarcimiento del daño, pero es porque resulta incompetente la jurisdicción civil.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: PLURALIDAD DE RESPONSABLES, SOLIDARIDAD, COMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Accidente sufrido por un trabajador empleado de una empresa (TICSA), que a su vez fue contratada por otra (CEPSA) para el mantenimiento de sus instalaciones en estas últimas.

Doctrina de la sentencia.—Debe afirmarse la responsabilidad de ambas demandadas. De TICSA, como responsabilidad propia y directa del artículo 1.902, ya que se acredita una conducta omisiva culposa al no haber empleado diligencia suficiente para el mantenimiento seguro de aparatos y equipos. De CEPSA, en aplicación de los artículos 1.903 y 1.902, que no tenía ninguna relación directa con el empleado accidentado, pero era beneficiaria de los trabajos que desarrollaba TICSA a través de sus propios operarios, y además incumplió su deber de vigilancia de las condiciones de seguridad en que era necesario presentar las máquinas e instrumentos al contratista.

La concurrencia de responsabilidad de culpas y la relación causal única entre todas ellas y el resultado dañoso determina la solidaridad entre los responsables como medio de protección del perjudicado, al no poderse individualizar las distintas responsabilidades.

Se reitera la compatibilidad de las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo y las que deriven de actos culposos civiles de carácter extracontractual, por lo que los trabajadores perjudicados podrán exigir indemnizaciones a los presuntos responsables civiles.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de un año, que empezará a contarse no desde la fecha de alta médica, ni desde la de la resolución que puso fin a las actuaciones penales previas, sino desde el día en que tal resolución fue notificada efectivamente a las partes, conforme a ya reiterada jurisprudencia.

Comentario.—Cuando varias conductas culposas determinan un único desenlace se impone la necesidad de especificar la participación de cada una en el resultado dañoso final, para distribuir la responsabilidad entre ellas. Cuando se especifique dicho grado de participación cada causante responderá mancomunadamente por su parte. Ahora bien, en muchos supuestos no es posible deslindar las responsabilidades de cada partícipe, y para estos casos la jurisprudencia desde principios de siglo viene pronunciándose por la regla de la solidaridad, alegando la no aplicabilidad de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual, y sobre todo la mayor garantía que supone para la víctima, para la que sería en muchos casos invia-

ble obtener el resarcimiento si tuviera que probar la parte de culpa de cada obligado y reclamar a cada uno de ellos. Esta regla de la solidaridad se aplicará desde luego cuando esté expresamente prevista por la ley, como ocurre en los artículos 116 del Código Penal, 27 de la Ley de Consumidores y Usuarios, o 7 de la Ley de Responsabilidad Civil por productos defectuosos; pero la jurisprudencia la ha defendido, aunque sin imponerla, cuando se pueda determinar la participación de cada coautor en relación a las obligaciones derivadas del artículo 1.902 al margen de que exista una disposición legal concreta que la establezca. Se inscribe así nuestra sentencia al establecer la solidaridad entre los responsables, en una línea jurisprudencial muy reiterada (véanse las sentencias de 23 de diciembre de 1903, 20 de febrero de 1970, 3 de abril de 1987, 21 de octubre de 1988, 10 de marzo de 1989).

En cuanto a la prescripción de la acción, el plazo de un año para la reclamación civil por los daños causados empezará a contar desde que finalice el proceso penal, entendiéndose que el plazo se inicia desde que formalmente se notifica al perjudicado la sentencia (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, 26 de septiembre de 1997 y 31 de diciembre de 1997, en la que se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993, de 30 de junio, que declaró que a los perjudicados, aunque no fuesen parte del procedimiento, debía notificárseles la resolución de terminación y archivo del procedimiento).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA QUE UNA ES DE UN MENOR; INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Fallecimiento de un menor al ser arrollado por un tren en un paso a nivel sin barreras con escasa visibilidad e insuficiente señalización.

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que no puede hablarse de culpa de un menor (la posible culpa sería de los padres, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1.903 del Código Civil), ni por tanto de compensación de culpas en que una de las culpas sea de un menor. Ahora bien, no se ha tenido en cuenta que existe un error terminológico destacado por la doctrina, y es el de que no se trata de que se compensen las culpas, pues éstas no siempre se dan, como en el caso examinado, sino de concurrencia de causas, en que el nexo causal se determina tanto por la conducta de uno, causante del daño, como por la del otro, víctima, lo que provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado no se puede imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se debe repartir.

Por otra parte, recuerda esta sentencia los límites definidores de la congruencia procesal, de acuerdo con jurisprudencia muy reiterada (citando expresamente las Sentencias de 18 de noviembre de 1986 y 29 de mayo, 15 de septiembre y 28 de octubre de 1997), y entiende que no existe incongruencia procesal al reducir la cuantía de la indemnización. No hay incongruencia *extra petitum*, pues la sentencia de instancia no se aparta de la *causa petendi*, ni tampoco *infra petitum*, pues se reconoce la actuación negligente del menor.

Comentario.—Se denomina «concurrencia de faltas» 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 es apreciable, incluso de oficio (Sentencia de 7 de junio de 1991), tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como en la contractual, y da lugar a la institución tradicionalmente conocida como «compensación de culpas», aunque en realidad se compensa lo único que se puede compensar, que no es la culpa, sino la reparación, valorando la incidencia de las conductas en el nexo causal. Por eso hoy doctrina y jurisprudencia prefieren hablar de «conurrencia o compensación de causas».

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. Se aplica así el artículo 1.103 del Código Civil, de acuerdo con la cual *la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales, según los casos*, utilizado en casi todas las sentencias sobre responsabilidad extracontractual, aunque no sea citado en muchas de ellas. De hecho, esta facultad de moderación de los Tribunales encuentra su cauce más claro de aplicación en los supuestos de concurrencia de culpas tanto del perjudicado como del actor.

Ahora bien, la cuestión más interesante que plantea esta sentencia no creemos que sea la aplicación de esta figura, admitida 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, y 11 de junio de 1997), sino la de determinar si en la conducta de un menor puede apreciarse también la culpa, a los efectos de aplicar la compensación correspondiente en la reparación. Esta situación, la de ser la víctima un menor, inimputable, ya se había planteado en otra Sentencia de 8 de noviembre de 1995, que, tras afirmar que «...a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios actos...», continúa diciendo que: «...sí se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores ya capaces de discernir, y también que sus propios movimientos son, en ocasiones, los únicos de los que puede hablarse como causantes del daño...» Hay que decidir, por tanto, dónde se encuentra la capacidad de discernimiento, pero no parece equitativo hacer responder en exclusividad al agente del daño, y no tener en cuenta, además, la posible responsabilidad de los padres del menor.

En el caso ahora decidido el menor arrollado por el tren tenía nueve años, y el Tribunal aprecia la concurrencia de causas y modera la indemnización, por lo que da a entender que pudo el menor darse cuenta del peligro del paso a nivel, y en consecuencia incurrió también en negligencia, pero que, en todo caso, lo que importa es que su conducta interfirió en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones del responsable y el daño sufrido, por lo que debe tenerse en cuenta.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA QUE UNA ES DE UN MENOR; INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Fallecimiento de un menor al ser arrollado por un tren al cruzar una vía no vallada para ir a la playa.

Doctrina de la sentencia.—La apreciación de la compensación de responsabilidades, con el efecto de reducir a la mitad la indemnización concedida en primera instancia, no es motivo de casación, porque la resolución de la Audiencia basa dicha compensación en que la víctima tenía edad suficiente (trece años) para prever el peligro que corría al cruzar la vía, aunque fuera a plena luz del día y con buena visibilidad, cuando había sido advertido por sus profesores del uso del paso subterráneo para ir a la playa, el cual, aunque mal cuidado y sucio, era susceptible de ser usado. La acreditación de este dato, de la concurrencia de la víctima en la producción del resultado dañoso, repercute en las consecuencias reparadoras, moderando el *quantum* de la reparación.

Aunque es cierto que la sentencia de la Audiencia incurre en incongruencia *extra petita*, al absolver al Ayuntamiento de... por fundamento distinto de los alegados y debatidos en el litigio, no es adecuado acoger el motivo de casación y dictar una sentencia cuya parte dispositiva sea idéntica a la de la anulada, que es lo que correspondería en este caso, por lo que el motivo se desestima. Por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada que los intereses legales, al ser considerados punitivos o sancionadores, nacen *ope legis*, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena, por lo que tampoco debe apreciarse incongruencia omisiva.

Comentario.—Como en el caso anterior, la cuestión más interesante que plantea esta sentencia es la de la apreciación de la compensación de culpas o concurrencia de causas cuando una de las conductas es de un menor.

El Tribunal se pronuncia por apreciar claramente la culpa del menor en su conducta, al haber sido advertido de la utilización de un paso subterráneo, y tener capacidad de discernimiento suficiente con trece años. Concurrir así en su comportamiento los requisitos de la responsabilidad extracontractual (acción u omisión, culpa, que influye necesariamente en el suceso dañoso, y nexo causal, cuya falta es la causa más frecuente de denegación de la compensación). No es ésta, además, la primera vez que aprecia la culpa de un inimputable; ya lo hizo en Sentencias de 15 de noviembre de 1982 (y modera la responsabilidad), y de 25 de mayo de 1985 y 17 de junio de 1986 (en la que incluso excluye la responsabilidad del tercero por culpa exclusiva del menor).

Pero, en todo caso, no parece equitativo en el supuesto concreto planteado hacer responder en exclusividad al agente del daño; y, por otra parte, lo que importa para la apreciación de la concurrencia de causas es que la conducta del menor interfirió necesariamente en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones de RENFE y el daño sufrido, por lo que debe tenerse en cuenta. Las dos causas son concurrentes, de modo que faltando una de ellas el daño no se hubiera producido, por ello deben distribuirse equitativamente las consecuencias perjudiciales entre el agente externo y la víctima.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EL ARTICULO 1.902. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Accidente de un futbolista por colocación demasiado cercana a la línea de demarcación del campo de la valla metálica de separación del público.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.902 es uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —también aquiliana...—, figura que en el fondo y en la forma está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, debido a dos datos remarcables... todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal la inversión de la carga de la prueba. Es más, dicha atenuación culpabilista, e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, llevan inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un «plus» en la diligencia normalmente exigible.

Toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y ya pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* una acción u omisión ilícita; *b)* la realidad y constatación de un daño causado; *c)* la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto de que si ha habido un daño ha habido culpa, y *d)* un nexo causal entre el primer y el segundo requisitos... En el caso presente, admitida sin lugar a dudas la existencia de un daño mesurado económicamente... hay que determinar si la actuación del recurrente es ilícita, en otras palabras, antijurídica... y hay que proclamar que en estas conductas que actúan dentro del campo del Derecho civil no se puede hablar de tipicidad, y en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más lejos del principio *alterum non laedere* ... por otra parte, la acción omisiva de la parte recurrente es absolutamente reprochable desde el punto de vista culpabilista... al haber obrado sin la atención debida y sin la diligencia necesaria, pues debiera haber efectuado la inspección reparadora de los defectos expuestos antes del partido de fútbol, y no meses después ... y debe apreciarse nexo causal con el daño producido, partiendo de la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y siguiendo la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, que supone lisa y llanamente que una conducta es causa del efecto dañino cuando sin ella no hubiese acaecido ... por todo lo cual se desestima el recurso de casación.

Comentario.—Es esta una sentencia especialmente interesante, pues recoge la estructura básica de la responsabilidad extracontractual, haciendo referencia explícita a sus diferentes requisitos. Su comentario detallado excede así del propósito de estas líneas, de manera que vamos a destacar los siguientes puntos: la antijuridicidad o ilicitud no existe en sentido estricto en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, al no haber transgresión de una norma, ni de lo pactado, y por tanto debe medirse en relación al principio fundamental de no causar daño a otro; este requisito, especialmente discutido, es concebido por el Tribunal Supremo en términos claramente subjetivos y culpabilistas (Sentencias de 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960, 31 de enero y 2 de abril de 1986), y así lo hace también esta sentencia. La relación causal entre la acción u omisión y el daño producido, requisito indispensable, debe ser indubitada y probada; habiendo declarado la jurisprudencia que en el caso de la culpa *in omittendo*, que es la que nos ocupa, bastará con probar la existencia del deber jurídico de obrar y la certeza de que el daño se hubiera evitado de haber actuado (Sentencias de 17 de mayo de 1967 ó 13 de marzo de 1974); por lo demás, la libertad de criterio del Tribunal para apreciar dicho nexo causal es doctrina generalizada, pues de lo que se trata

es de resolver cada caso concreto, por ello se admiten diferentes teorías para determinarlo, y entre ellas la de la causa *sine qua non* que utilizan esta sentencia y otras muchas (Sentencias de 20 de junio de 1979, 11 de marzo y 25 de noviembre de 1988).

Por último, hace esta sentencia referencia explícita a la progresiva objetivización de la responsabilidad extracontractual, como consecuencia del nuevo sistema de vida y de la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Es la llamada responsabilidad cuasi-objetiva, amparada en la teoría del riesgo, y que imputa la responsabilidad extracontractual al creador del peligro. En este sentido, la jurisprudencia ya había ido defendiendo la presunción de culpa, la inversión de la carga de la prueba, la ampliación de la obligación *in vigilando* y la exigencia de una mayor diligencia de la normalmente exigible, sin perjuicio de aplicar un sistema de responsabilidad objetiva sólo en los casos en los que está expresamente establecido (Sentencias de 16 de mayo de 1986, 16 de febrero y 8 de octubre de 1988, 5 de julio de 1989, 25 de junio de 1991, y otras muchas).

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. OBLIGACIÓN NACIDA DE ACTO ILÍCITO. OPERACIÓN QUIRÚRGICA CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Várela.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 1 de abril de 1993, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial (Sección 3.ª), dictó Sentencia el 25 de septiembre de 1993, revocando la sentencia del Juzgado de Instancia que estimó parcialmente la demanda.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* a los recursos de casación interpuestos.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la operación quirúrgica realizada en la residencia sanitaria «Nuestra Señora de la Candelaria», que le ha producido una invalidez irreversible consistente en la lesión total del nervio músculo-cutáneo y atrapamiento del mediano izquierdo en la muñeca. Fueron demandados el «INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD», «INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL», «RESIDENCIA NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA» y dos médicos de la citada residencia.

Doctrina.—Se interponen dos recursos de casación por dos de los demandados en Primera Instancia al amparo del artículo 1.692.4 de la LEC.

El primer motivo por infracción del artículo 1.698 del Código Civil se desestima porque el cómputo del plazo prescriptivo se ha efectuado a partir del momento en que se ha constatado la etiología y los efectos de las lesiones, que se señala en el día 21 de mayo de 1991, al no existir en autos ningún dato probatorio para fijarlo con anterioridad, y la demanda tuvo entrada en el Juzgado el 21 de mayo de 1992, sin que hubiera transcurrido más de un año desde aquella fecha.

El motivo segundo por infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la doctrina que lo interpreta es de gran interés la interpretación que de él hace el Tribunal Supremo en el fundamento tercero de la sentencia al declarar que: «Aunque la valoración de la prueba pericial, efectuada por el Juzgador de instancia, no constituye soporte del recurso de casación por efecto de que esta Sala tiene declarado que dicha prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica que, como módulo valorativo, establece el artículo 632 de la Ley Rituaria, sin que se permita la impugnación casacional de la estimación realizada, salvo que sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica, asimismo se ha sentado en esta sede que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a administrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad se basará en una culpa incontestable, es decir, patente. La resolución traída a casación, que resalta la dificultad probatoria con que tropieza el actor, otorga singular valor a la opinión del médico forense, pese a reconocer que las frases utilizadas en su escrito no sólo no son concluyentes, sino que muestran cierta cautela; no obstante, la Audiencia considera dicha opinión como suficiente para sustentar su convicción, cuando, en verdad, el referido dictamen no contiene afirmaciones concretas: supone y sobreentiende, mas no sostiene un criterio firme; y, sin embargo, la sentencia manifiesta seguridad a diferencia del médico forense, aunque no facilita las razones para sustentar la certeza de la que carece éste».

«La información, en cuanto sea posible, al paciente, o en su caso, a sus parientes, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la llamada "obligación de medios", y su omisión supone negligencia, pero no puede darse a la misma el alcance efectuado por la Sala *a quo*, habida cuenta de que entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad. En la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación».

Comentario.—La interpretación que el TS hace del supuesto de hecho y de la aplicación de las normas y principios sentados en el propio Tribunal, es en este caso de culpa médica, muy particular. En primer lugar, el análisis que hace del informe pericial del médico forense, desvirtuando la interpretación que del mismo hace la Audiencia.

Sin embargo, el hecho es claro, antes de la operación el paciente no tenía ningún problema con la parte denominada «plexo braquial» (que impide el movimiento del brazo); después de la operación se detecta esta deficiencia que a la vez es una zona próxima a la parte operada. El actor pone de manifiesto en la demanda estos hechos, basándose en un informe pericial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, que establece «que incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento». El paciente probó que el daño causado se produjo en la intervención quirúrgica. Pero, el artículo 1.214 continúa diciendo: «...y la de su extinción

al que la opone», por lo que al médico se le traslada el hecho negativo, lo que da lugar a que tenga que probar que actuó con la debida diligencia, cuestión que no aclara en ninguna de las instancias, siendo por ello condenado por la Sala *a quo*.

Esto lo conectamos con la omisión por parte del cirujano del deber de información al paciente o a sus familiares, ya que como bien expresa el TS, «entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad». Esto nos lleva a reflexionar sobre dos cuestiones: la primera, que si no informó es porque consideraba que no había riesgos fuera de lo previsible, de alguna forma, presupone una actuación negligente en la intervención, ya que por el resultado obtenido se dañaron nervios que en principio no debían tocarse. Y, en segundo lugar, si había un riesgo previsible de que esos nervios fueran tocados por la dificultad y complejidad de la zona a intervenir, aún utilizando todos los medios curativos a su alcance, el deber de no informar de ello supondría una omisión culposa por parte del cirujano. El paciente, de ser informado de que podrían quedarle secuelas, habría podido optar o no por la intervención, ya que fue voluntaria y no de urgencia.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CULPABILIDAD OMISIVA DEL DUEÑO DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga, en Sentencia de 27 de noviembre de 1993, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a), dictó Sentencia el 8 de junio de 1994, revocando parcialmente la del Juzgado.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso interpuesto por una parte de los demandados y *no haber lugar* al interpuesto por otra de las partes.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad por la muerte de su hijo mientras jugaba con otros niños de su edad en una parcela en construcción, cuya valla de protección estaba derribada y la obra paralizada. La demanda se interpone contra el propietario, la empresa constructora, los arquitectos y el aparejador encargado de la misma. El Juzgado de Instancia condena al propietario y a la empresa constructora. La Audiencia a todos los demandados solidariamente, y teniendo en cuenta que sólo concurren el propietario y los arquitectos, el TS condena al primero y absuelve a los segundos.

Doctrina.—El recurrente, dueño de la obra, tenía conocimiento de la caída de las vallas de protección originariamente colocadas cuando se paralizó la obra, del riesgo de hundimiento en el solar y de la frecuencia con que los niños jugaban en aquel lugar; la obra no está en ejecución, sino paralizada o suspendida. Por tanto, la responsabilidad se basa en la culpa omisiva, que, en relación de causa a efecto da lugar a que la conducta de unos niños —normal, pues en un espacio abierto (con la valla caída)— produce la muerte de uno de ellos.

Habiéndose paralizado la obra y habiendo cumplido los arquitectos su deber de ordenar la instalación de una valla que cerraba el recinto del solar, no se mantiene su relación contractual relativa a la obra, que está suspendida. No se

aprecia acción ni omisión que, aun con un mínimo atisbo de culpabilidad, se pueda considerar causa del efecto dañoso, la infortunada muerte de un niño.

Comentario.—En base a la aplicación que del artículo 1.902 del Código Civil hace el TS, la existencia de culpa por una conducta omisiva cabe imponerla sólo al propietario de la obra, al estar ésta paralizada, de forma que si hubiesen recurrido el aparejador y la empresa constructora, se les debería haber aplicado de la misma forma que a los arquitectos, ya que si no existe una relación en vigor, no hay obligación y tampoco culpa.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. OBLIGACIÓN NACIDA DE ACTO ILÍCITO. ACCIDENTE DE TRABAJO CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 4 de noviembre de 1992, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), en Sentencia de 24 de julio de 1993, desestimó el recurso de apelación.

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

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre delito de imprudencia temeraria, cayendo al vacío un empleado de la empresa por no encontrarse el montacargas en el piso adecuado, ya que el funcionamiento de la puerta exigía para abrir o que estuviera la plataforma o usar la llave especial. Se solicitó la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por las secuelas de carácter permanente que padece el actor.

Doctrina.—Sí cabe apreciar del propio tenor de los hechos que se han conculcado los artículos 1.902 y 1.903, ya que probado y admitido por las partes que la puerta del montacargas sólo con llave especial podría abrirse cuando la plataforma no estaba a la altura de la puerta, y probado también que la puerta fue reparada y comprobado su funcionamiento el mismo día del accidente, la conclusión inequívoca es que alguien perteneciente a la empresa utilizó la llave y dejó abierta la puerta, haciendo posible el accidente de quien en acto rutinario intentó entrar cuando por no estar la plataforma cayó al vacío. De esta lógica valoración de los hechos probados ha de concluirse que hubo negligencia en la custodia de la llave y su utilización por persona ignorada pero del ámbito de la empresa, y por ende ésta ha de responder civilmente de los daños causados.

CULPA EXTRACONTRACTUAL (CULPA ECOLÓGICA). (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Guadalajara, en Sentencia de 25 de marzo de 1991, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Guadalajara, en Sentencia de 14 de octubre de 1993, desestimó el recurso.

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

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados en la construcción de un gaseoducto. Las obras contratadas para la instalación del gaseoducto exigían la apertura de una zanja profunda en la finca de los actores. La empresa constructora no tuvo en consideración la configuración del terreno. Unas fuertes lluvias vinieron a agravar la situación.

Doctrina.—Lo expuesto hace patente la concurrencia de culpabilidad en la recurrente, en el sentido clásico de dato subjetivo, tanto por omitir como por hacer lo que no procedía, pues los hechos probados son por sí acreditativos de haber incurrido en conducta infractora de las reglas, no sólo específicamente técnicas, sino las normales de diligencia, atención y precaución, y hace innecesario acudir a la tesis cuasiobjetiva de la instauración de un riesgo.

Las referidas adversidades no destruyen la tesis culpabilística que se apoya en la constatada conducta de falta de precauciones y cuidados. A los efectos del artículo 1.105 del Código Civil, el hecho determinante de la fuerza mayor ha de ser del todo independiente del que lo alegue. La doctrina conocida y reiterada de esta Sala que exige que el evento decisivo proceda exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna del agente demandado.

Comentario.—Los hechos que se recogen como probados en la sentencia demuestran la existencia de culpa en la sociedad recurrente, en el sentido de dato subjetivo, tanto por omisión como por negligencia. En cuanto a la fuerza mayor que alega la recurrente, no se dan los requisitos necesarios para su existencia que prevé el artículo 1.105 del Código Civil.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia de Caldas de Reis, en Sentencia de 21 de abril de 1993, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a), en Sentencia de 27 de septiembre de 1993, estimó el recurso, revocando parcialmente la sentencia.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* a los recursos interpuestos tanto por el actor como por las demandadas.

Hechos.—Se interpone juicio de menor cuantía por las lesiones y secuelas derivadas de las mismas, sufridas por el encargado de una fábrica de aguardiente al manipular la tapa de un calderín y ser alcanzado por el vapor desprendido. El accidente se produjo a tenor de los hechos probados, tanto por el mal estado de la maquinaria como por la manipulación incorrecta de la misma.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación, tanto por la parte actora como por la demandada.

En cuanto al recurso interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Supremo considera que no se vulnera el artículo 1.902 del Código Civil, base del primer motivo «se da la creación y mantenimiento de una situación de riesgo, ya que la actividad industrial que se llevaba a cabo era notoriamente peligrosa, agravada por las primitivas y deficientes instalaciones de la fábrica (...), lo que potenciaba el riesgo instaurado y hacía previsible la causación de daños. Ante situaciones de riesgo acreditado, impone a los empresarios extremar su actividad de adoptar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo». «La causalidad adecuada que de esta manera concurre, no resulta desvirtuada en favor de la tesis de las recurrentes por el hecho de que el Tribunal de instancia hubiera apreciado culpa concurrente en la víctima, con los efectos compensatorios económicos consecuentes, y no genera la rotura del nexo causal, determinante de la responsabilidad que se atribuye a las demandadas».

Asimismo, el recurso interpuesto por el actor tiene su base en el artículo 1.902 del Código Civil, considerando el Tribunal Supremo que «su condición laboral de oficial destilador llevó a cabo por descuido u olvido a levantar la tapa de una de las "potas", provocando la salida violenta del vapor, que le alcanzó. Su actuación coadyuvó a la producción del accidente».

Comentario.—Se dan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la existencia de concurrencia de culpas en el supuesto que nos ocupa. La aplicación que del artículo 1.103 del Código Civil hace en primer lugar la Audiencia y posteriormente el Tribunal Supremo, desestimando los recursos, hacen que la responsabilidad por culpa quede moderada en atención a la culpa del otro.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Bilbao, en Sentencia de 25 de enero de 1993, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3.ª), dictó Sentencia el 8 de octubre de 1993, en la que estimó parcialmente el recurso.

El Tribunal Supremo *declaró haber lugar* en parte a los recursos interpuestos.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por la muerte de su abuela y tía-abuela, debida a la inhalación de gas procedente de la caldera de la vivienda donde residían. La instalación de la caldera tuvo lugar en 1987 y la muerte ocurrió en 1991, no habiéndose hecho en ese intervalo de tiempo ninguna revisión.

Doctrina.—En cambio, lo que sí es lícito traer al juicio de esta Sala es el criterio o criterios empleados por la sentencia que se recurre para imputar el daño y, consiguientemente, imponer la correspondiente reparación a los demandados. La culpa o negligencia de éstos es el criterio de imputación en el artículo 1.902, culpa o negligencia por acción u omisión que debe de concu-

rrir en la producción de la causa originadora del daño. En suma, los criterios de imputación y su aplicación, tales como la culpa o el riesgo creado, son criterios jurídicos, no fácticos, susceptibles de enjuiciamiento por sí mismos, pero si se *ataca* la causalidad fáctica, o lo que es lo mismo, qué causa ha producido el resultado, ha de combatirse la valoración probatoria citando la norma que sobre esta materia se ha infringido, no el artículo 1.902, pues no atañe a la misma. La imputación del daño a la recurrente la hace la sentencia recurrida porque no cumplió «con el mínimo deber de vigilancia y revisión». Existe, a juicio de la sentencia, culpa o negligencia por incumplimiento de las normas de protección para evitar los accidentes.

Ahora bien, la situación en que las fallecidas colocaron a su vivienda, aislándola de las corrientes de aire por la instalación de ventanas de PVC, contribuyó al fatal desenlace al no existir infiltraciones de aire a través de las ventanas, pero no elimina la consideración de la negligencia de la recurrente como factor desencadenante de la causa de la muerte, por lo que el *quantum* de la obligación de reparar debe disminuirse.

Comentario.—La reducción que el Tribunal Supremo hace al casar la sentencia, disminuyendo la cuantía de la indemnización, aunque no especifica en base a qué, presumo que hace aplicación del artículo 1.103 del Código Civil, artículo utilizado en otras sentencias cuando existe concurrencia de culpas (cfr., Sentencias de 15 de febrero y 5 de octubre de 1995, 18 de diciembre de 1997, entre otras); sin embargo, en mi opinión, el hecho de tener bien aislada la vivienda en la que resides, no me lleva a pensar que hubo actuación culpable en las fallecidas.

**CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RELACIONES CON LA JURISDICCIÓN CON-
TENCIOSO-ADMINISTRATIVA. «PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES».**
(SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, en Sentencia de 7 de septiembre de 1990, estimó la excepción dilatoria de falta de jurisdicción solicitada por los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), dictó Sentencia el 11 de abril de 1992, estimando en parte el recurso.

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

Hechos.—Se interpone juicio de menor cuantía por las lesiones y secuelas derivadas de las mismas a una profesora, que impartiendo una clase en la Facultad donde trabajaba se le cayó la pizarra encima de la pierna izquierda, estando la pizarra colocada sobre dos sillas y sin ninguna sujeción.

Doctrina.—Es interesante el razonamiento seguido en los fundamentos segundo y tercero sobre el «peregrinaje de actuaciones», ya que los requisitos exigidos por el artículo 1.902 son claros y evidentes.

Empero esta Sala de casación, conforme con la función jurisprudencial que le corresponde que pide una interpretación de las leyes, según el «ordenamiento jurídico», que se ajuste a los valores constitucionales, sin menoscabo del principio de jerarquía normativa, ni del sistema legal de fuentes, se ha

considerado obligada para salvar deficiencias técnicas y lagunas a establecer la doctrina que evita lo que se ha llamado «peregrinaje de jurisdicciones», con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía, con independencia de la también doctrina jurisprudencial aplicable, al caso, que reclama la «vis atractiva» de la jurisdicción civil cuando sea demandada no sólo la Administración sino otras personas que son interpeladas judicialmente como sujetos responsables de Derecho privado, con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de mantener la «continencia de la causa» y en la conveniencia de impedir resoluciones contradictorias. La doctrina, sin embargo, que evita el «peregrinaje de jurisdicciones», admite matizaciones cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperi*, pues entonces el presupuesto de la jurisdicción actúa como un condicionante absoluto que debe ser apreciado en cualquier instancia o grado. Mas cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica, no pueden eludirse en la composición del conflicto, criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes.

Esta doctrina que cubre la laguna legal de signo procesal que produce la falta de normas procesales coordinadas sobre la sanción *in radice*, con carácter previo y preclusivo del presupuesto referido al orden jurisdiccional competente, aunque quedara a salvo el condicionante absoluto de orden público, revelado por el ejercicio de potestades necesarias del *imperium iuspúblico*, ámbito estricto que debe respetarse y tutelarse incluso de oficio. La excepción, sin embargo, representada para ese ámbito estricto, no puede extenderse a las actividades de entidades u organismos administrativos que, aunque formalmente sean administrativas, materialmente no conllevan el carácter insustituible del sujeto que las desarrolla en función del *ius imperi*, por cuanto pueden ser ejercidas también por sujetos privados. Estas circunstancias se reflejan, a veces, en razones de mera política legislativa que atribuyen, según conveniencias, desde luego, en principio, atendibles a uno y otro orden jurisdiccional el conocimiento de determinadas materias; razones, sin embargo, que en la *mens legis* no tienden a provocar una ineffectividad de la tutela judicial, ni una indebida dilación procesal, por lo que cuando el efecto legislativo no querido frente a la Constitución surge es, sin duda, por imprevisión determinante de laguna procesal, que debe cubrirse según la precedente doctrina conforme al principio general de la evitación del «peregrinaje de jurisdicciones».

J. R. J.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. CULPA MEDICA. NO SE PRACTICA ANÁLISIS INTRAOPERATIVO Y SE EXTIRPA UNA MAMA SIN EXISTENCIA DE CARCINOMA. PRESCRIPCIÓN EN CULPA CONTRACTUAL: QUINCE AÑOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Fernández-Cid de Temes.

Se condena al cirujano y al Servicio Andaluz de Salud, solidariamente, a indemnizar a la paciente con la cantidad de 9.000.000 de pesetas en Primera Instancia sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial confirma

la sentencia apelada y, posteriormente el Supremo, en ambos casos con imposición de costas.

La clave está en que habiéndosele apreciado a la paciente un bulto en una mama se le realizó una citología y, en base al resultado de ésta, se procedió a su extirpación sin realizarle un examen intraoperatorio que confirmara el diagnóstico sin añadir ningún riesgo. La omisión de esta prueba trajo consigo graves consecuencias y supone, desde luego, un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

La sentencia nada comenta sobre el siguiente hecho: después de la operación se envió la mama para su análisis, siendo el diagnóstico de «Fibroadenoma. Mastopatía quística. Ectasia ductal» lo que, traducido para los profanos en Medicina, quiere decir que la actora nunca tuvo cáncer de mama y, aquí está el *quid* de la cuestión, no se le comunicó este resultado.

La paciente tuvo conocimiento del diagnóstico definitivo dos años después de la intervención quirúrgica con motivo de cambiarse de hospital y requerir el nuevo los antecedentes médicos.

Si grave es la extirpación de una mama sin motivo, no lo es menos el hecho de dejar a una persona con el convencimiento de que ha sido operada porque padecía un cáncer, bajo una espada de Damocles esperando días y años para ver si se le reproduce. La obligación de informar que tienen los médicos no puede quedar circunscrita al preoperatorio. Tienen que comunicar el resultado de la intervención y, por supuesto, los resultados de las pruebas realizadas con ocasión de la operación.

No sólo hay un error médico en este supuesto sino que hay una ocultación del diagnóstico cuya única finalidad puede ser la de encubrir a los responsables. Resulta verdaderamente sorprendente que el Tribunal Supremo no se detenga a analizar la omisión del deber de información a la paciente que late en este caso.

RESPONSABILIDAD MEDICA. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRAC O NTRACTU AL DERECHO/DEBER DE INFORMACIÓN Y LA «LEX ARTIS AD HOC». CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

El caso de autos tiene como base la intervención quirúrgica realizada a una paciente con una espondiloartrosis lumbar y hernia discal L-5 derecha con atrapamiento de la raíz nerviosa con el fin de paliar los dolores y molestias que aquejaban a la enferma.

La operación era complicada ya que la paciente había sido intervenida diecinueve años antes de similar operación con una buena recuperación. Si bien, años después aparecieron molestias en la zona, padeciendo la enferma importantes lesiones degenerativas en la columna vertebral.

A resultas de la operación quedó con una minusvalía consistente en una parálisis de la pierna derecha de carácter irreversible que le impide caminar sin la ayuda de su aparato ortopédico.

La afectada demanda al Instituto Nacional de la Salud reclamando 8.000.000 de pesetas en concepto de indemnización, y el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve al INSALUD. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y condena al INSALUD a abonar la can-

tividad de 5.000.000 de pesetas. Recurre en casación el Instituto Nacional de la Salud y el Supremo deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Varias son las cuestiones que suscita esta extensa sentencia:

Primera. La *Lex artis ad hoc*

El cirujano practicó correctamente la operación. Al descomprimir una raíz nerviosa atrapada se le produjo un edema. Si bien tal secuela es reversible en el 90-95 por 100 de los casos, lo que hace decir al Supremo que esta grave complicación «es un supuesto desafortunado, pero no achacable a una actuación negligente».

No existe imprudencia ni incorrecta actuación profesional, siendo la citada secuela un riesgo de dicha intervención, máxime teniendo en cuenta las circunstancias particulares que, como dice la sentencia de la Audiencia, «permitían calificar la intervención de complicada y dificultosa y con el previsible riesgo de aparición de graves secuelas», debiendo concluirse que la «decisión quirúrgica ha de calificarse, si no de errónea, al menos de muy arriesgada. Otro de los argumentos que se utilizan es que la operación no era necesaria para la conservación de la vida, sino «meramente paliativa de los dolores y molestias que afectaban a la enferma». Esta aseveración se hace para agudizar el riesgo corrido con esta actuación médica. Nada comenta la sentencia al respecto, pero no parece lógico que haya que restar importancia a unos dolores muy serios y permanentes, amén de otras molestias e incapacidades que produce esta dolencia.

El médico propuso esta solución y la enferma la aceptó. Esto nos lleva al meollo de la sentencia, a saber, el deber de información que tiene el médico como elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, pues la sentencia de la Audiencia puntualiza «que la correcta actuación profesional del cirujano no se reduce a llevar a cabo la intervención con estricta observancia de la *lex artis*, sino que debe extenderse también a la fase previa o preoperatoria» observando el «derecho de información».

Segunda. El deber de información

El deber/derecho de información suscita dos problemas muy interesantes:

1.º) ¿Qué información debe proporcionar el médico al paciente?

2.º) La carga de la prueba de que el médico ha proporcionado información al paciente.

En cuanto a la primera de las cuestiones la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, en su artículo 10.5 incluye en el derecho a la información el que se dé un diagnóstico de la lesión, el pronóstico que cabe esperar del tratamiento que incluirá los riesgos y si existen alternativas al tratamiento propuesto y el proceso previsible del post-operatorio, así como las consecuencias de la no intervención. Esta información ha de darse de modo que resulte comprensible para el paciente.

Esto plantea un problema muy serio a los médicos: ¿Cómo han de informar al paciente de su enfermedad y del tratamiento?

No cabe duda de que han de proporcionarle una información veraz y rigurosa, pero si aún habiéndolo informado y tratado correctamente, el resultado es desafortunado, no por ello ha de responder el médico pues, como dice la sentencia: «lo más importante, ante consecuencias jurídicas tan drásticas, es que el médico sentirá la tentación de sobrecargar al paciente con informaciones que le provocarán angustias y le impedirán ejercer su derecho a la autodeterminación».

Otro punto que se destaca en la sentencia es el hecho de que «nada indica que la paciente hubiera actuado de forma diferente al conocer, mediante la información puntual, que el riesgo de no rehabilitación es del 5 por 100».

Por otra parte resulta curiosa la puntualización que hace la sentencia «en el sentido de que el derecho a la indemnización no deriva de la falta de información, sino del hecho de que la paciente no entró en el porcentaje del 90 ó 95 por 100 de las personas que se recuperan de estas lesiones con la rehabilitación **post-operatorio**» y «no sería razonable indemnizar al paciente no informado y negar la misma al informado».

Sobre la carga de la prueba sigue la línea jurisprudencial totalmente consolidada de que en la responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, se sigue un único criterio: la carga de la prueba recae sobre el paciente.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. PRESUNCIÓN DE CULPA DEL HOSPITAL EN CASO DE TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS DE DONANTES NO IDENTIFICADOS, A CONSECUENCIA DE LAS CUALES LA ACTORA CONTRAJO EL VIRUS DEL SIDA. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros.

Se condena al Instituto Nacional de la Salud a pagar una indemnización de 12.000.000 de pesetas a la actora por la responsabilidad que se le imputa por haberle realizado una transfusión de sangre y por la posterior aparición de anticuerpos del Sida.

La clave para imputar esta responsabilidad se halla en el mal funcionamiento del servicio de transfusiones del hospital, dependiente del INSALUD, ya que no consta la identidad de los donantes de cuatro bolsas de plaquetas que se usaron, lo que ha impedido realizarles las pruebas anti-Sida, no pudiendo descartar que los mismos tuviesen sangre infectada por el virus del Sida, mientras que sí pudo hacerse respecto a otros donantes **identificados**. Además, la actora no está incurso en ninguno de los grupos que se denominan de riesgo y su esposo no es seropositivo.

Lo que resulta penoso es que versando el caso litigioso sobre un «hecho gravísimo», como lo define el Alto Tribunal, diga que «es de destacar que por el defectuoso suplico de la demanda, no se ha podido conceder indemnización más que a la actora, que actuaba para sí». Aun cuando no desarrolle la actora la enfermedad, el hecho de ser seropositivo afecta de forma directa, cuando menos, a su esposo.

Como se deduce de las palabras del Tribunal Supremo, recogidas en el párrafo anterior, se deja la puerta abierta a los que puedan sentirse directamente afectados para que puedan solicitar una indemnización. También señala la posibilidad que tiene la actora de obtener «otras indemnizaciones si ...desarrolla la enfermedad, pues ahora es seropositiva».

RESPONSABILIDAD DECENAL. CONCEPTO DE RUINA. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Várela.

Se trata de una reclamación en base a la responsabilidad decenal, al arquitecto y a la constructora por parte de una comunidad de propietarios para la subsanación de los defectos que presenta el edificio objeto de la *litis*.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y condena al arquitecto (en un 10 por 100) y a la constructora (en un 90 por 100) a realizar las obras necesarias para remediar tales defectos, sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirman la sentencia e imponen las costas a los apelantes.

Esta sentencia toma como punto de mira el concepto de ruina sobre el que existe una amplísima, pacífica y consolidada jurisprudencia en el sentido de considerar que se produce cuando hay «defectos constructivos que por exceder de las meras o simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura y aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia... aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando bien a su solidez o a su utilidad». Los defectos han de revelarse «dentro de los diez años» y ser graves.

El aspecto que más se destaca es el de que el artículo 1.591 se aplica no sólo a las nuevas construcciones sino también a las obras de reparación de un edificio preexistente pues, como dice la propia sentencia, «la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina».

Ninguna duda puede generar la aplicación del artículo 1.591 a un caso como éste en el que se crean cinco viviendas donde sólo había una para lo cual hay que realizar una nueva caja de escalera, tabiques de separación, conducciones comunes del inmueble y proceder a la renovación de los antiguos elementos del edificio. La envergadura de semejante obra hace que su inclusión, dentro del supuesto contemplado por el artículo 1.591, se encuentre más que justificada.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. DERRUMBAMIENTO DE EDIFICIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Albácar López.

Se produce la ruina de la casa de los actores como consecuencia de la demolición de la casa contigua.

La ruina ocurrió como consecuencia de descalzar la pared medianera que al derrumbarse arrastró a la de al lado. Era un hecho previsible y, por tanto, se debían de haber tomado medidas para evitarlo, como hubiera sido el apuntalar la casa.

El arquitecto visitó la obra el día anterior y anotó en el libro de órdenes que la excavación de la obra debía hacerse manualmente, como dice la sentencia, «señal de que observó algún peligro inmediato».

El arquitecto superior no tiene obligación de estar continuamente en la obra pero, sabiendo que se va a realizar una operación tan delicada y que entraña gran riesgo debe de estar presente para vigilar que se cumpla lo ordenado por él y poder adoptar las medidas necesarias para evitar el derrum-

bamiento. Le corresponde el control general de la obra y, como se ha puesto de manifiesto, no se han adoptado las pautas que la *lex artis* dicta para un supuesto como éste.

También al arquitecto técnico le corresponde la vigilancia de la obra, por lo que se le considera responsable. Se condena a todos los demandados solidariamente.

RESPONSABILIDAD DECENAL ACCIÓN POR VICIOS RUINOGENOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE CONSTRUCTOR Y COMITENTE. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

El supuesto de autos versa sobre un arrendamiento de obra consistente en la realización de una estructura y cimentación, resultando probado que dicha estructura carece de solidez, estando al límite de su resistencia solamente con el peso propio y el de las solerías. El forjado no resiste sobrecarga alguna, ya que las armaduras de las viguetas de los forjados de los techos son muy inferiores de las definidas en el proyecto (aproximadamente conllevan una disminución del 50 por 100).

Como se ha expuesto, los defectos que aquejan a la obra son graves.

La empresa constructora reclama ante el Juzgado de Primera Instancia la suma de 8.221.444 pesetas que le adeudan. Los demandados contestan a la demanda y formulan reconvencción, solicitando como indemnización la suma de 14.112.000 pesetas, coste de las reparaciones necesarias para que la estructura tenga la solidez debida y alternativamente condene a la actora a que ejecute dichas obras a su coste.

El Juzgado dicta una sentencia más salomónica estimando en parte la demanda y en parte la reconvencción. Condena a los demandados a abonar la cantidad de 7.645.648 pesetas, y a la sociedad actora a realizar a su coste las obras antes mencionadas, sin hacer expresa imposición sobre las costas a ninguna de las partes, pese a haber sido solicitada su condena por ambas.

La parte actora apela y la Audiencia Provincial de Granada condena a la propiedad a que pague la cantidad de 6.826.472 pesetas, y a la empresa constructora a que realice las obras, si bien el coste de las mismas será soportado por la propiedad en un 50 por 100.

La constructora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

Una cuestión que interesa resaltar es que el promotor no solicitó licencia de construcción, ni tampoco contrató un arquitecto superior para la elaboración del proyecto y la posterior dirección de la obra. Esto explica el hecho de que la culpa de la ruina de la construcción se atribuya tanto al dueño como al constructor. Sí que intervino, sin embargo, un arquitecto técnico, que fue el redactor del proyecto cuando los facultativos de grado medio carecen de competencia para hacerlo. Como señala la sentencia, «la responsabilidad es solidaria aunque el arquitecto técnico no sea parte en el procedimiento, el pronunciamiento que recaiga lo será sin perjuicio de las posibles acciones existentes entre los distintos intervinientes en la obra».

RESPONSABILIDAD SANITARIA. CULPA SANITARIA. RECLAMACIÓN INDEMNIZATORIAAL INSALUD. FALLECIMIENTO DE MENOR CON ANTECEDENTES CARDIOLÓGICOS A CONSECUENCIA DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE COMPROBACIÓN DE DIAGNOSTICO. PAGO DE INTERESES CORRESPONDIENTES AL INSALUD. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

El Tribunal Supremo condena al INSALUD, único demandado, a resarcir a los demandantes con la cantidad de 10.000.000 de pesetas por «actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del INSALUD».

Se produjo la muerte en quirófano del niño, hijo de los actores, a consecuencia de la fibrilación ventricular, producida por la anestesia, que derivó en parada cardíaca. La intervención quirúrgica tenía como finalidad realizar una biopsia hepática. No se siguieron las normas más elementales de la *lex artis ad hoc*, pues no se realizó en el preoperatorio ningún estudio cardiológico, máxime cuando el menor sufría una cardiopatía congénita, dato que, además, figuraba en su historial clínico.

Deberían haber adoptado medidas precautorias especiales «e incluso como último extremo, suspender la operación y preservar así la salud del paciente», ya que, como aclara a continuación la intervención, no era ni curativa ni urgente.

T. S. S. M.