

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

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

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES NO PUEDE IDENTIFICARSE CON LOS
«FACTA CONCLUDENTIA». (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias 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 en cada caso determinar 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 regula el hecho-base con el hecho-consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* aludidos antes, que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia.

LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CONTRADICTORIOS SON INCOMPATIBLES CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Constitucional ha declarado que si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado y que a los

más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron; ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado; ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de eventuales pronunciamientos judiciales contradictorios.

No se trata de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe de ser motivada.

LUCRO CESANTE: NO CABE INCLUIR LOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE DESCONOCE LA CUANTÍA Y SI ACAECIERA O NO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—En el mismo campo doctrinal y entendimiento jurisprudencial, la integración del *lucrum cessans* del artículo 1.106 del Código Civil, como elemento indemnizatorio —aparte del real del daño o menoscabo emergente—, debe moverse bajo los dos polos de su delimitación, esto es, sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos «sueños de ganancia», tampoco, por ello, habrá de referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación; mas, en una posición intermedia, cuando se comprendan en ese lucro cesante eventos determinantes de una aportación de medios o recursos que, aunque dependiendo del porvenir, sin embargo se han visto truncados por la realización del ilícito, es obvio que aquéllos requieren la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, el cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización.

Sin cuestionar el pacífico entendimiento de que el daño estricto o *damnus emergens* supone un menoscabo real o desperfecto producido en la cosa o intereses del perjudicado, en cuanto al *lucrum cessans* que, en puridad, aduce a la ganancia dejada de obtener por el ilícito, siempre y cuando se haya acreditado que esa ganancia obedece a un suceso futuro, sí, pero con causa o generación constatada o demostrada —el ejemplo de aquél que impedido por las lesiones causadas en el ilícito, no puede asistir o desplegar un cometido del que obtendría el lucro o ganancia probado, es bien conocido—, sin que por ello quepa incluir en tal lucro cesante eventos en el que no sólo se desconoce el *quantum* de esa ganancia dejada de obtener, sino, sobre todo, si la causa del mismo acaecerá o no.

EL ARTICULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL NO SE APLICA CUANDO SE HAN INCUMPLIDO OBLIGACIONES ACCESORIAS. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.124 del Código Civil ha de ser interpretado no de manera automática, hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea, conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral, y no entra en juego cuando se trata de obligaciones que estando incorporadas a un contrato tienen un puro carácter

accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones que constituyen el objeto principal del contrato.

La Sentencia de 28 de febrero de 1986 indica que para la resolución contractual autorizada por el artículo 1.124 del Código Civil es preciso que el incumplimiento sea grave. Y según la Sentencia de 13 de julio de 1985, no constituye incumplimiento el simple retraso.

NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintibie o respecto de ella puedan formularse reparos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, afirmando la Sentencia de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que «basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional».

ES FRAUDULENTO LA DONACIÓN QUE SE HACE PARA ELUDIR UN CRÉDITO FUTURO. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La cuestión que subyace en toda la argumentación del recurso es si cabe apreciar el carácter fraudulento de la donación, cuando al hacerla por escritura pública, la Hacienda todavía no tenía ningún crédito liquidado contra el donante. La respuesta de esta Sala es rotundamente afirmativa, de acuerdo con la doctrina que estableció en las Sentencias de 14 de junio de 1958 y 2 de marzo de 1988. Aunque la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores exige que el que la solicita sea acreedor y que el acto de disposición fraudulenta haya tenido lugar con posterioridad al nacimiento de su crédito, esta regla general tiene como excepción, fundada en la identidad de razón, el que el deudor efectúe la disposición en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante, a fin de procurarse una insolvencia frustrante de los derechos del acreedor futuro.

ES VALIDO ENTRE LAS PARTES UN DOCUMENTO PRIVADO EN EL QUE SE RECTIFICA UNA ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que frente a terceros no producen efecto los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escri-

tura pública (art. 1.230 del Código Civil), no lo es menos que, cuando se trata única y exclusivamente de las relaciones entre las partes, puede reconocerse validez y eficacia a lo que las mismas pacten en un documento privado, aclarando o rectificando lo estipulado entre ellas en una escritura pública (Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1994), siendo esto lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en el que única y exclusivamente en lo referente a las meras relaciones *inter partes* se ha atribuido validez y eficacia al documento privado, frente a lo estipulado entre ellas en la escritura pública de segregación y compraventa, pero no en perjuicio o en contra de tercero, ni tampoco frente a la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad con base en dicha escritura pública.

NO ES NULA LA COMPRAVENTA DE UNA COSA QUE REQUIERE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA REALIZADA SIN DICHA AUTORIZACIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Sin perjuicio de la anomalía que supone que se solicite la declaración de nulidad de un contrato por la persona que lo suscribió, y más aun cuando la misma se intenta fundamentar en la carencia de derechos de ella misma, que actuó en el mismo como vendedor, yendo con ello paladinamente en contra de sus propios actos, ha de tenerse en cuenta que la actora recurrente ostentaba sobre la finca de autos unos determinados derechos que fue los que transmitió al comprador, y que el hecho de que para que tal transmisión tenga plenos efectos se requiere autorización administrativa, no convierte en nula la compraventa civil realizada sin la obtención de la indicada autorización, sin perjuicio de los efectos que en el campo de lo administrativo se puedan derivar de su falta.

RECURSO DE REVISIÓN: REQUISITOS PARA QUE PROCEDA POR LA DECLARACIÓN FALSA DE TESTIGOS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión, según consolidada y pacífica jurisprudencia derivada de las sentencias de esta Sala, es un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada, a la vez que controla, en beneficio de la justicia, si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios puede haberse conocido, hubieran provocado una resolución distinta, por lo que la interpretación de los presupuestos en que la revisión se apoya ha de ser contemplada con criterio restrictivo.

Según doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya consolidada y pacífica, para que pueda operar la causa tercera del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que concurren los siguientes datos: a) una sentencia penal que declare la existencia del delito de falso testimonio; b) que la declaración del testigo condenado haya sido decisiva para adoptar la decisión de la sentencia que se pretende rescindir o anular, y c) que el carácter decisivo anterior haya sido reconocido o declarado en la sentencia dictada en el proceso penal.

INCONGRUENCIA: EL TRIBUNAL NO PUEDE RESOLVER MAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE LAS QUE LE SON FORMULADAS POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El Juez o Tribunal no puede alterar o modificar los términos del debate judicial, es decir, no puede decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto de lo cual el juez no tiene poder de disposición, debiendo ajustarse al objeto del proceso, lo que le impide pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el principio de contradicción procesal, en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse. Un Tribunal no puede resolver, a menos de incurrir en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquéllas que le son formuladas oportunamente por las partes. Le está vedado alterar los términos del debate, resolviendo problemas que no le han sido planteados por los litigantes, ya que el *iura novit curia* no permite alterar los componentes fácticos ni jurídicos de la pretensión.

EL QUE UN AYUNTAMIENTO ORGANICE UN ENCIERRO DE TOROS NO CONSTITUYE SERVICIO PUBLICO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1997.)

Hechos.—Durante el encierro de reses bravas organizado por el Ayuntamiento de P., se produjo el fallecimiento, por herida de asta de toro, de uno de los intervinientes. La viuda y sus siete hijos demandan al Ayuntamiento, que es absuelto en la instancia, por estimar culpa exclusiva de la víctima, que citó al toro. El Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—El organizarse un encierro de reses bravas por el Ayuntamiento demandado no es ningún servicio público cuyo funcionamiento obligue a responder de los daños causados. Es desorbitar hasta extremos insospechados el precepto constitucional, que haría a la Administración responsable de todo y en todo caso, conclusión que en lógica elemental ha de rechazarse. En tal línea esta Sala, en un supuesto de clara identidad con el presente, declaró en su Sentencia de 13-2-1977 que atendiendo a los hechos probados, se desprende que resulta difícil encuadrarlos dentro de una notoria calificación de servicio público o de una actuación municipal revestida de *imperium*, lo que imposibilita, por tanto, que la acción ejercitada de responsabilidad civil extracontractual, con apoyo en el artículo 1.902 del Código Civil, permita equipararla a pretensión deducida en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias.

UNA DEUDA ILÍQUIDA PUEDE ORIGINAR UN CRÉDITO APTO PARA FUNDAR EN EL MISMO UNA SENTENCIA CONDENATORIA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—No todos los actos realizados por una sociedad mercantil tienen este último carácter, y concretamente no lo tienen ni el apoderamiento de procurador para comparecer en juicio, ni los actos que en

el procedimiento o para su intervención en él realizan los procuradores o los poderdantes de los mismos, actos que merecen un claro **calificativo** de civiles y a los que les resulta aplicables el mandato del artículo 1.721 del Código Civil, que autoriza la delegación del mandato civil, en que se traduce la relación entre la parte, siquiera sea una sociedad mercantil, y su correspondiente procurador.

El motivo segundo acusa infracción del principio general del derecho *In illiquidis non fit mora*, recogido por algunas resoluciones jurisprudenciales que cita, motivo este que no resiste el más sucinto análisis del mismo, pues en lugar de referirse el motivo al fundamento que reposa en dicho principio, que no es otro que el del débito de los intereses en los supuestos de acción judicial basado en una deuda no liquidada, en este supuesto lo que pretende amparar es, no la declaración de falta de mora que justifique el pago de intereses de la cantidad reclamada, sino la falta de justificación de la condena al pago del montante de la deuda, por entender que la misma, al no hallarse previamente liquidada, no origina un crédito apto para fundar en el mismo una sentencia condenatoria.

LA ADJUDICACIÓN DE BIENES A LA COMISIÓN LIQUIDADORA DE UNA SUSPENSIÓN DE PAGOS ES «PARA PAGO» DE DEUDAS. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, no tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del Código Civil, no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*. La diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter perso-

nal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna.

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: PRIMACÍA DEL PÁRRAFO 1.º DEL ARTICULO 1.281 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de este Tribunal constantemente viene declarando la primacía del criterio literal del párrafo 1.º del artículo 1.281 y la subsidiariedad de los restantes criterios hermenéuticos, desde el del párrafo 2.º del mismo artículo hasta el del artículo 1.289 del mismo cuerpo legal. Establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988, que la investigación de la intención de las partes contratantes prevista en el artículo 1.282 del Código Civil, solamente cabe cuando, conforme al artículo 1.281 del Código Civil, las palabras usadas en el contrato pareciesen contrarias a aquella intención, porque la finalidad de este artículo radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se omita, sin aclarar, lo que se ofrece oscuro, siendo factor decisivo de interpretación en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.

TODA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS ENTRAÑA UNA DEUDA DE VALOR. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se liquide el importe en período de ejecución de sentencia.

Siendo deuda de valor la de indemnización de daños y perjuicios, es plenamente correcto lo realizado por el auto aquí recurrido, en el sentido de revalorizar la cantidad inicial de 365.000 pesetas (importe de los daños y perjuicios en 22 de diciembre de 1967), con arreglo a la depreciación monetaria.

La Sentencia de 4 de febrero de 1992, después de reiterar la consolidada doctrina jurisprudencial antes expuesta (de que toda indemnización de daños y perjuicios entraña una deuda de valor), agrega que, no obstante ello, en ningún caso se puede rebasar el límite fijado por el propio actor.

EL INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES NO AFECTA A LAS RELACIONES CIVILES. EL EJERCITAR UNA ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO LLEVA IMPLÍCITA LA PETICIÓN DE NULIDAD DEL ASIENTO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala ha mantenido (Sentencia de 20 de marzo de 1992) que el incumplimiento de requisitos fiscales no afecta a las relaciones civiles, puesto que las normas fiscales no son bastantes para enervar el derecho reconocido regulado en las leyes civiles, ni autorizan otra cosa

que la adopción de medidas y correcciones disciplinarias en ellas establecidas, por lo que no son aptas para apoyar un recurso de casación civil.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1988, de 12 de julio, declaró inconstitucional la prohibición de que los Tribunales admitan documentos que puedan afectar al derecho a la acción, por no estar liquidados del impuesto correspondiente, y es asimismo inconstitucional negar fuerza probatoria a tales documentos: es una limitación innecesaria al ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

La más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES EXIGE UN PRESUPUESTO FACTICO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El uso de la prueba de presunciones no establecidas por la Ley (la llamada *presumptio hominis* o *presumptio facti*) exige ineludiblemente la existencia de un presupuesto fáctico que esté completamente probado o acreditado (art. 1.249 del Código Civil), que es el llamado hecho-base, del cual ha de extraerse la deducción o conclusión probatoria correspondiente, el llamado hecho-consecuencia, debiendo necesariamente existir entre aquél y éste un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico.

Como la sentencia aquí recurrida no dice cuáles son los hechos que considera probados, no es posible conocer cuál sea para ella el hecho-base, ni por tanto se puede determinar tampoco si el que la referida sentencia, mediante unas confusas y ambiguas frases, parece ser que considera como hecho-consecuencia, guarda ese enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, con ese desconocido hecho-base.

J. Q. S.

NO SE PUEDEN ALEGAR COMO INFRINGIDOS AL MISMO TIEMPO EL PÁRRAFO 1.º DEL ARTICULO 1.281 Y LOS ARTÍCULOS SIGUIENTES, PUES ELLO CREA CONFUSIONISMO. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No se pueden citar como infringidos, tal como hace el motivo, todos los preceptos que cita en bloque, porque el artículo 1.281 del Código Civil consta de dos párrafos previstos para supuestos distintos y el 1.282 es supletorio del

párrafo 2.º del artículo 1.281 y no de primero y si las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil forman un conjunto armónico entre sí, todas están subordinadas al párrafo primero del artículo 1.281, que tiene rango preferencial y prioritario, de manera que la indagación sobre la intencionalidad de las partes es necesaria si la claridad de los términos de los contratos deja dudas sobre su sentido, pero por ello no pueden alegarse como infringidos al mismo tiempo el párrafo 1.º del artículo 1.281 y los demás artículos que complementan el párrafo 2.º, por todo lo cual y por no ser ilógica o absurda, ha de mantenerse la interpretación de los Tribunales de instancia con fracaso del motivo.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ES FACULTAD DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Inaplicación del artículo 1.281 del Código Civil, al reputarse la indemnización solicitada en la demanda y concedida en la sentencia como fruto de una cláusula penal, planteando con ello una cuestión nueva, no entablada en los criterios alegatorios de la primera instancia, por lo que, ni puede ser objeto de otro tratamiento en la segunda instancia que la de su rechazo a límite, ni cabe tampoco entenderse válidamente planteada en esta vía de casación, toda vez que ello comportaría una flagrante indefensión de la contraparte, que se vería, así, privada de su facultad de alegar y probar en tiempo y forma lo que a su derecho entendiera ser conveniente.

ACCIÓN PAULIANA Y RESCISIÓN IMPROCEDENTE DE COMPRAVENTA DE BIENES QUE RESULTARON EMBARGADOS EN JUICIO EJECUTIVO. (STS DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1.111 del Código Civil autoriza el ejercicio de la acción paulatina, de naturaleza indudablemente subsidiaria, la que permite a los acreedores a fin de cobrar lo que se les adeuda y después de haber perseguido los bienes del deudor, impugnar los actos dispositivos llevados a cabo por éste en fraude y perjuicio de los derechos de aquéllos. Su ejercicio impone no sólo la preexistencia de un crédito exigible, sino que previamente y de forma inexorable se haya procedido contra los bienes pertenecientes al que resulte deudor principal. Éstos requisitos los confirma y apunta el artículo 1.291-3.º a efectos de la rescisión de los contratos fraudulentos, al partir de la premisa fundamental consistente en que los acreedores no puedan de otro modo obtener la satisfacción de sus créditos.

El artículo 1.294 del Código Civil sujeta la acción rescisoria al supuesto de que el acreedor carezca de otro recurso o medio legal para obtener la reparación de perjuicios, que aquí no se han producido, conforme a lo que se deja estudiado. Hay que añadir que el supuesto enjuiciado se refiere a fiadores solidarios y es la insolvencia de todos ellos la que debe ser tenida en cuenta. El Banco demandante no acreditó la debida y exigida diligencia en la persecución de los bienes embargados, pues después de haber seguido juicio ejecutivo y obtener sentencia favorable de remate, no agotó el procedimiento de apremio, en el cual la peritación de lo trabado pondría de manifiesto la suficiencia o insuficiencia de la cobertura de su crédito. En definitiva, no de-

mostró la imposibilidad de obtener su cumplida satisfacción, así como que se da ausencia de todo otro recurso legal para obtener el pago de lo adeudado, claudicando de esta manera por su base el artículo 1.111.

PRESCRIPCIÓN DE LA RECLAMACIÓN DEL PAGO DE CUOTAS DE UN CONTRATO DE LEASING, INSTRUMENTADAS EN LETRAS DE CAMBIO AVALADAS, AL HABER SIDO EJERCITADA LA ACCIÓN CAMBIARÍA, AUNQUE TAMBIÉN LO HUBIERA SIDO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.966-2.º DEL CÓDIGO CIVIL. (STS DE 24 DE MAYO DE 1997.)

Teniendo en cuenta que la clase de acción ejercitada en un proceso (aunque el demandante no le dé nombre alguno) viene determinada por los hechos que le sirven de soporte fáctico (*causa petendi*) en relación con los fundamentos jurídicos que se invoquen como aplicables a los mismos y con el *petitum* de la propia demanda, en el presente supuesto litigioso ha de llegarse a la conclusión de que la acción ejercitada por el cauce procesal de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía, fue la cambiaria derivada de las letras de cambio acompañadas con la demanda, siendo ello así, resulta evidente que la misma había prescrito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 950 del Código de Comercio.

Para el supuesto de que se entendiera que la acción ejercitada no era la cambiaria, sino la derivada del contrato de *leasing*, ha de concluirse que todas las rentas o cuotas mensuales del contrato de *leasing* litigioso, cuyo pago se reclama a través de este proceso, habían ya prescrito, por cuanto que todas ellas habían vencido desde hacía más de cinco años con respecto a la fecha en que fue promovido el referido proceso, y ello porque las rentas o cuotas que sucesiva y periódicamente vayan venciendo, le es aplicable el plazo de prescripción de cinco años que establece el número 2 del artículo 1.966 del Código Civil, pues si bien el mismo se refiere literalmente a los arriendos de fincas rústicas o urbanas, también ha de considerarse subsumible en el mismo cualquier arrendamiento de cosa mueble, al ser idéntica la *ratio legis*.

INEXISTENCIA DE CONDICIÓN SUSPENSIVA PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN SUPUESTO DE PRORROGA TÁCITA DEL CONTRATO. (STS DE 24 DE JULIO DE 1997.)

La sentencia recurrida parte de que el contrato se perfeccionó desde el momento de su firma, pero se suspendió su efectividad hasta el 9 de octubre de 1991 (esto si auténtica condición suspensiva), fecha en que inició su andadura la Compañía Arnáiz, permaneciendo su vigencia hasta el 31 de diciembre del propio año, como se pactó, pero prorrogándose por un año más, hasta el 31 de diciembre de 1992, al no haberse denunciado unilateralmente su resolución hasta el 14 de enero de 1992, cuando el propio contrato requería que tal denuncia se produjese con seis meses de antelación, extremo que, si bien es cierto no se pudo cumplir, no puede interpretarse por sí solo como para dar por concurrentes los requisitos de la denuncia unilateral, dada la previsión de que el contrato durase como mínimo el año y se prorrogase por la tácita durante un tiempo indefinido, es decir, con vocación de durar; y por eso la Audiencia, también con acierto, toma como

tiempo a indemnizar solamente el que comprende esa prórroga. La estipulación del contrato sobre modificación de precios, establece que los correspondientes a las prórrogas se determinarían de mutuo acuerdo entre las partes, tomando como referencia las tarifas vigentes en cada momento de la renovación, pero tal aspecto que no contempla un hecho futuro o incierto, ni un hecho pasado que los interesados ignoren, no puede en ningún caso considerarse una condición en sentido técnico, pues no lo son las llamadas cláusulas o condiciones estipuladas en los contratos referentes a las prestaciones de las partes y la condición no se presume, debiendo probarse que la obligación se subordina a un hecho futuro e incierto, lo que aquí no ocurre, por lo que no son de aplicar los preceptos que se citan referentes a la condición en sentido técnico.

EN LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES LA APROBACIÓN DEL REMATE EQUIVALE AL PERFECCIONAMIENTO DE LA OPERACIÓN, SIENDO LA ESCRITURA LA OPERACIÓN DE CONSUMACIÓN DEL ACTO ENAJENATORIO. (STS DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La supuesta equivalencia entre el expresado auto y la escritura pública es la que debe analizarse en función de las normas aplicables. La voluntad que manifiesta el artículo 1.533 LEC, es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante) en vez del acto de perfeccionamiento (coincidencia de voluntades). Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término venta para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante subasta judicial, es lo cierto que, en todo caso, el precepto que se examina exige que la repetida enajenación forzosa no sólo se haya perfeccionado sino también que se haya consumado. Y es lógico que así sea puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio.

En la actualidad, después de la Ley 10/92, la modificación introducida que elimina la escritura y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en título bastante para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema, pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/92, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1.515).

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO. (STS DE 27 DE MAYO DE 1997.)

La figura del litisconsorcio activo necesario no está reconocida jurisprudencialmente, pues no se puede obligar a varios actores a litigar unidos contra

otros. Así como es conocido el origen jurisprudencial del litisconsorcio activo necesario, cabe señalar que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda, no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación inexistente, legal y jurisprudencial.

ACREDITADA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO POR PRUEBAS DIRECTAS NO CABE ACUDIR A LA DE PRESUNCIONES PARA PROBAR LA EXISTENCIA DE SIMULACIÓN, (STS DE 24 DE MAYO DE 1997.)

No hay necesidad de acudir a la prueba de presunciones que autorizan los artículos 1.215 y 1.253 del Código Civil ante las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, no obstante el motivo no puede ser acogido, ya que la sentencia de instancia declara probada la existencia y realidad de los contratos de compraventa celebrados entre las partes, asimismo declara la existencia de un precio cierto, de pago aplazado. De manera que apreciada la existencia de los contratos por las pruebas directas apreciadas en la instancia, se hace innecesario el uso de la prueba indirecta de presunciones.

NO SE TRANSFORMA EN PAGADOR DE LO INDEBIDO EL TERCERO QUE PAGA POR EL DEUDOR, IGNORANDO SU SOLVENCIA ECONÓMICA HASTA EL PUNTO DE QUE POCOS DÍAS DESPUÉS DEL PAGO SE ADMITE A TRAMITE SU SUSPENSIÓN DE PAGOS. (STS DE 15 DE OCTUBRE DE 1997.)

El hecho probado y no impugnado se centra en que no se dio ninguna orden escrita ni verbal a la Caja por Autoservicios Serafín, S. A., para la compra del pagaré de Intra. Fue, según la Audiencia, la propia Caja la que unilateralmente efectuó la compra con el importe de un anterior pagaré de Intra Corporación Financiera, S. A., que había vencido, «sin impugnación en contrario a tan específica forma de imposición a plazo». Así las cosas, aceptado por la actora esa conducta unilateral de la demandada, es evidente que era acreedora de Intra, y que la Caja comisionista pagó el importe del pagaré (lo que era obligación de Intra). Asumió así una tarea a la que no estaba obligada con la actora, y este pleito nace de la suspensión de pagos a los pocos días de Intra. La propia recurrente lo viene a reconocer así. En realidad, lo que en el momento del abono del pagaré fue un pago por tercero, después de la susodicha suspensión de pagos es un pago por error, al que hay que aplicarle la normativa de los artículos 1.895 y siguientes. Se hacen recaer así las consecuencias de obrar poco prudente de la recurrente sobre la entidad recurrida, en lugar del deudor suspenso, lo que no puede ser admitido. El error de la solvencia del deudor no legitima al tercero, que pagó por él cons-

cientemente de que la deuda existía entre A. Serafín, S. A., e Intra, en pagador de lo no debido.

LA DECLARACIÓN DE SOLIDARIDAD OBLIGACIONAL PROCLAMADA POR ESTA SENTENCIA DICTADA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DESTRUYE LA PRESUNCIÓN DE MANCOMUNIDAD QUE AMPARA TODA OBLIGACIÓN MÚLTIPLE. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1.138 del Código Civil establece la presunción *iuris tantum* de estimar mancomunada toda obligación en la que concurren varios acreedores o varios deudores; desprendiéndose además, en su redacción, que el crédito o la deuda han de estimarse divididos en tantas partes como acreedores o deudores existan.

Y es ahora cuando hay que proclamar que la obligación existente entre el recurrente y la entidad recurrida no se puede catalogar como ínsita en el área de las obligaciones mancomunadas, por una simple razón derivada del dato de que dicha obligación es de naturaleza solidaria, o sea, regida por los artículos 1.137 y 1.141 del Código Civil, y así se desprende de la parte dispositiva de la sentencia firme dictada en la entonces Magistratura de Trabajo que acoge la solidaridad en la deuda impuesta por la legislación laboral protectora de los salarios de los trabajadores (art. 42.2 ET).

En resumen, la presunción de mancomunidad que pretende la parte recurrente aparece destruida por una resolución judicial firme de la que surge la obligación-nexo, entre las partes de este recurso.

I. I. M.

TERCERÍA DE DOMINIO. FALTA DE REQUISITOS PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN EJERCITADA. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón de la Plana en Sentencia de 20 de noviembre de 1989 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) en Sentencia de 25 de febrero de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—Como premisa genérica la doctrina mantiene que el Tribunal de apelación es el soberano de la apreciación de la prueba, salvo que la misma resultase ilógica y contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica.

En lo que a nuestra litis se refiere el núcleo fundamental se encuentra en la identificación y ubicación de las fincas que son objeto de cuestión. De ahí que para la estimación de la demanda de tercería se exige una perfecta identificación de los inmuebles objeto del litigio y una efectiva colisión de los terceristas que no justificaron tener registrada a su favor la finca reclamada con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor ejecutante de donde se deduce que no se ha infringido regla alguna de preferencia registral.

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. EL ERROR DE AMBAS PARTES NO AUTORIZA A EXIGIR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS POR LA COMPRADORA A LA VENDEDORA PERO SI QUE DA LUGAR A ACCIONES RESOLUTORIAS, ANULATORIAS O DE DESISTIMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao en Sentencia de 18 de noviembre de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.^a) en Sentencia de 29 de marzo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Estudia el presente litigio que el error sobre la causa no obliga a exigir una indemnización por daños con motivo de ejecutar un proyecto de edificación ya vendido y que se demuestra inejecutable, y además mediando dicho error comúnmente detectable por los profesionales.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida da por probado el que compradora y vendedores, cuando otorgan escritura pública de compraventa, actúan en creencia de que la edificación era posible y el proyecto realizable sin adición superficial alguna. No puede contravenir el cumplimiento de una obligación una parte respecto de la otra cuando ambas y al mismo tiempo de ejecutar el contrato entregan lo que venían obligados, el precio y la cosa. Las partes en todo caso actuaron en la creencia de que la edificación era posible. Pero la imposibilidad de la construcción fue rápidamente evidenciable, y según el informe pericial fue fruto de un error de cálculo en la medición total del proyecto.

Nos encontramos, pues, ante un evidente supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales que han causado un daño no imputable a la parte compradora quien cumplió con sus obligaciones abonando el precio. Y este incumplimiento no es otro que el de la venta de un proyecto que no era realizable en el terreno que se vendía y que él había encargado a unos profesionales, de los que debe responder y ello aunque el proyecto lo llevaran a cabo distintos profesionales, que se limitan a ejecutar lo ya proyectado, observando entonces la falta de terreno, por cuanto a su edificabilidad entiende la Sala que se comprometían con la venta del mismo, tal y como se infiere del tenor literal de las cláusulas de dicho contrato, por lo que deberá indemnizar en base a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, al contravenir el tenor de sus obligaciones.

En otro orden de cosas, se observa que en los razonamientos de la sentencia de la Audiencia es ostensible la contradicción, pues si por un lado admite que ha existido un error común de las partes (vendedora y compradora), ambas expertas en la construcción, no es lógico que a continuación impute un incumplimiento contractual a los vendedores responsabilizándoles por ello de los daños y perjuicios que la compradora dice hacer sufrido. No hay ninguna obligación contractual asumida por los primeros respecto a la segunda garantizándole la viabilidad del proyecto, sólo una mera cesión onerosa del mismo, que por sí misma no puede llevar implícita ninguna garantía de ejecutabilidad. Lo que ha existido es simplemente un error común de ambas partes contratantes sobre la causa de la compraventa, que según consta en la escritura pública fue la construcción de viviendas de protección oficial sobre las

fincas que se adquirirían con un determinado proyecto, lo cual no era posible con el que los vendedores habían encargado a sus técnicos, circunstancia desconocida para ellos y la compradora. No hay duda que el error en este elemento del contrato (la causa) pudiera dar lugar a las acciones resolutorias, anulatorias o de desestimiento contractual oportunas, pero de ningún modo cabe atribuir las consecuencias a una sola de las partes (los vendedores), pues si ellos deberían haber sabido lo que vendían, no es menos cierto que se debería haber podido fácilmente detectar el error a través de los técnicos como mínimo antes de comenzar las obras, como sociedad dedicada a la construcción y abstenerse de obrar.

IMPROCEDENTE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD CON BASE EN UN DOCUMENTO NO VINCULANTE. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo en Sentencia de 22 de mayo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.^a) en Sentencia de 19 de abril de 1993 confirma la dictada en Primera Instancia.

El recurso de casación triunfa.

Doctrina de la sentencia.—En el presente supuesto nos encontramos con una estipulación frente a terceros que debe ser declarada nula al tratarse de una orden de imposible cumplimiento, porque para que un tercero pueda exigir ese cumplimiento de una obligación concedida a su favor es preciso que se comuniquen esa aceptación a la obligada. En realidad, la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se apoya en el carácter vinculante que tiene para la recurrente el compromiso adquirido por los codemandados con respecto al actor.

CULPA EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia de los de Utrera, en Sentencia de 29 de abril de 1991 desestima parcialmente la excepción de falta de personalidad del Procurador de la parte actora, y estima también parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.^a) en Sentencia de 19 de enero de 1993 estima en parte los recursos interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Con motivo de la conducción de un tractor durante su jornada de trabajo, don José Jiménez Caro sufre un accidente mortal al salirse dicho vehículo y el remolque que el mismo portaba del camino y precipitarse a un colector de aguas.

Doctrina de la sentencia.—Ante el supuesto que ahora estamos estudiando, viene la jurisprudencia de la Sala aplicando la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente. Se opta decididamente por soluciones y criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal

debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, y todo ello porque se viene repitiendo que si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso con intervención de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales de tiempo y lugar, sino además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria que evita el perjuicio.

En el caso concreto que nos ocupa consta la conducta omisiva del propietario del tractor al prescindir de un elemento de protección establecido reglamentariamente (cabina de seguridad) y unido a la inversión de la carga de la prueba, a la presunción de culpabilidad y a la teoría del riesgo, surgiendo la obligación reparadora de la concurrencia de culpa, por levísima que sea, impide que pueda impugnarse la valoración realizada por la Sala de instancia, máxime cuando el camino no estaba en buenas condiciones, lo que implica un especial peligro, pues si es cierto que el pórtico de seguridad está pensado para caso de vuelco, supuesto más frecuente en los accidentes de los tractores, ello no implica deje de significar una mayor protección que su ausencia en los demás accidentes, sin que pueda tampoco especularse con las reacciones que hubiera podido tener el tractorista, al que sin duda tenían que haberse proporcionado cuantos medios pudieran contribuir a su defensa, entrando en caso contrario la presunción *iuris tantum* de culpabilidad y la tendencia objetivadora que no acredita haber procedido con la diligencia debida cuando la simple observancia de las disposiciones reglamentarias para evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido un resultado positivo, revelando la ocurrencia del daño su insuficiencia, y por ello por lo que ha de apreciarse aún la concurrencia de culpa en los propietarios si han omitido incluso la adopción de medidas de seguridad exigidas reglamentariamente y esto hace innecesario acudir siquiera a la inversión de la carga probatoria o a la doctrina del riesgo para declarar la existencia de culpa y su nexo causal con el resultado lesivo.

EFFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN REVOCATORIA CON REINTEGRO DE LOS BIENES FRAUDULENTAMENTE ENAJENADOS. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza en Sentencia de 23 de marzo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.^a) en Sentencia de 25 de marzo de 1993 desestima íntegramente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Oposición al embargo trabado por la Administración sobre una finca donada por los padres del apelante al mismo.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa el crédito consiste en la reclamación de impuestos devengados con anterioridad a la fecha en que la donación se efectuó, y por lo que se refiere al carácter fraudulento de la donación bastaría someter el relato fáctico al precepto del artículo 1.297 del Código Civil para comprender la aplicabilidad al supuesto de autos de la presunción que en el mismo se formula y que consiste en que se reputan fraudulentas las enajenaciones gratuitas de bienes que en el caso de la donación se produce de padres a hijos, con reserva de uso y habitación para los donantes.

ACCIÓN RESCISORIA CONTRACTUAL. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA» SIEMPRE QUE SEAN RESPETADOS LOS HECHOS Y NO SEA ALTERADA LA «CAUSA PETENDI». (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba en Sentencia de 12 de diciembre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 11 de marzo de 1993 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La parte recurrente basa su tesis impugnatoria en el dato derivado de la existencia de un anterior juicio en el que el recurrido esgrime una pretensión procesal totalmente discordante, con la que mantiene en el actual, pues si el primero solicitaba la validez y eficacia de determinados negocios jurídicos, en el segundo solicita su anulación y rescisión.

Doctrina de la sentencia.—Visto lo que acabamos de exponer, el principio general del derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado desde antiguo por la jurisprudencia de la Sala, que tiene declarado que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquéllos que, por su carácter trascendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o, aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.

Ahora bien, en el presente caso, aunque en principio la postura procesal de la parte recurrida pudiera parecer contradictoria, sin embargo, si se analizan los juicios, se verá que tanto en su aspecto positivo de obtener una convalidación como en el negativo de conseguir una nulidad, se obtiene una premisa clara y concreta: obtener el mantenimiento en todo su contexto de una comunidad hereditaria en la que están interesados tanto la parte recurrente como la recurrida, aunque para ello se hayan de adoptar posturas procesales que pudieran parecer contradictorias pero que nunca podrán suponer una acción dirigida contra los propios actos.

Así las cosas, para que la acción rescisoria pueda ser ejercitada válidamente, no es preciso que se inste una acción rescisoria —como ha sucedido en nuestro caso— y si se estima que está correctamente formulada cuando en términos más o menos técnicos se pedía la nulidad de una venta (que es

también un fin primordial de la acción rescisoria). En la sentencia recurrida se proclama la rescisión de un contrato de compraventa pero no se acuerda ni ordena algo en relación a una posible indemnización de perjuicios, la reclamación de dicha compensación económica se ha de efectuar cuando no se haya podido rescindir el negocio jurídico afectado, circunstancia que no se da en nuestro caso, y para el contrato de compraventa cuyo objeto ha sido una plaza de garaje, que ha sido de pleno afectado por la acción rescisoria. Sí, en cambio, se ha aplicado correctamente en relación con la compraventa del solar, puesto que en este caso al haber actuado los compradores de buena fe, no procede el reintegro del mismo a la masa hereditaria, pero sí su valor que vendrá dado por el beneficio obtenido en concreto por el precio obtenido en tal operación de compraventa.

No se da en nuestro supuesto una incongruencia «extra» o *ultra petita*, sobre todo teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial de la Sala que establece la aplicación del principio *iura novit curia*, siempre que sean respetados los hechos y no sea alterada la *causa petendi*.

La parte recurrente confunde los intereses moratorios derivados del incumplimiento grave de las obligaciones asumidas en el contrato y como componentes de la indemnización de daños y perjuicios, procedentes de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, con los intereses legales/procesales regulados en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que, aunque ambos son propios intereses, pero de naturaleza y operatividad distinta, ya que los intereses legales, los últimos, al ser considerados como punitivos o sancionadores, nacen *ope legis*, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena.

ACCION DE RELEVACIÓN DE FIANZA. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palencia en Sentencia de 29 de mayo de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil) en Sentencia de 26 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Don Nicolás Román Sánchez y don Enrique Masa Fombellida, junto con sus respectivas esposas, afianzaron mancomunada y solidariamente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Palencia una póliza de crédito en cuenta corriente, comprometiéndose a responder en caso de resarcimiento con todos sus bienes y futuros.

Doctrina de la sentencia.—En la fundamentación del litigio, los actores interponen una acción de relevación de fianza, pero en esencia lo que suplican es la aplicación del artículo 1.838 del Código Civil, que estima la sentencia sin apercibirse de que la acción indemnizatoria contra el deudor no procede más que cuando el fiador haya pagado al acreedor, lo que todavía no ha sucedido, sino el embargo de bienes del deudor y fiadores en juicio ejecutivo promovido por el actor garantizado. Además, se confunde a los recurrentes con el deudor. Los actores concretan la demanda en la obtención de una relevación de fianza, lo que permite el artículo 1.843 del mismo texto legal. Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor y

tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad. Así las cosas, no se alcanza a comprender qué relación tiene un cofiador solidario con el artículo 1.843 citado, y se revela que dicho cofiador pueda ser obligado al pago de su deuda incluso antes de que el otro cofiador requerido de pago por el acreedor lo haya hecho efectivo. Además es necesario que para tutelar la acción de reintegro de un cofiador contra el otro se haya satisfecho la deuda al acreedor pues el cofiador no puede obligar a otro cofiador a ningún pago hasta que efectivamente lo haya hecho al acreedor afianzado.

LEY 32/1988, DE 12 DE NOVIEMBRE, DE MARCAS Y LEY 31/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Murcia en Sentencia de 8 de abril de 1992 estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) en Sentencia de 2 de abril de 1993 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Aprovechamiento indebido de la reputación industrial y comercial de otro y de sus ventajas por la imitación de marcas ajenas. La cuestión litigiosa planteada en autos se reduce a determinar si las marcas y dibujos figurados en bolsas de infusiones empleadas y comercializadas por los contendientes son o no coincidentes.

Doctrina de la sentencia.—La Ley confiere al registro de una marca el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. De ahí también que el titular de una marca registrada pueda ejercitar las acciones que la Ley prevé frente a terceros que utilicen en el tráfico económico una marca o signo idéntico o semejante para distinguir productos o servicios idénticos o similares cuando la semejanza entre los signos y similitud entre los productos y servicios pueda inducir a errores, pudiendo además el titular de la aludida marca ir contra quien lesione su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. La Ley considera *desleal* el aprovechamiento indebido en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas.

En base a lo expuesto, el criterio mantenido en la sentencia recurrida es que los envoltorios empleados no son idénticos sino, más bien, parecidos, pues los nombres de las marcas difieren de manera considerable y su representación gráfica es muy distinta, de forma que la similitud o parecido entre los envoltorios se limita al color de fondo de los dibujos. Esta conclusión fáctica que acabamos de exponer conduce ineludiblemente a la jurídica de no existir entre las marcas y diseños utilizados y registrados por la sociedad actora la necesaria y suficiente similitud o semejanza con los empleados por los demandados en punto a producir confusión en el mercado u originar en los usuarios de nivel medio el riesgo de asociar unos y otros productos.

PUBLICIDAD ILÍCITA ES: LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LA PUBLICIDAD DESLEAL, ENTRE OTRAS. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona en Sentencia de 3 de abril de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a) en Sentencia de 15 de marzo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Ejercicio de acción de competencia desleal y alternativamente de publicidad ilícita a propósito de un determinado anuncio de un producto de tratamiento del agua de las piscinas.

Doctrina de la sentencia.—Ya en la Constitución Española se proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal.

La Ley califica de *publicidad ilícita*, entre otros supuestos, la publicidad engañosa y la publicidad desleal, definiendo la *engañosa* como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios pudiendo afectar a su comportamiento económico, y la *desleal* la considera como la que por su contenido, forma y presentación o difusión, provoca el descrédito, denigración o menosprecio, directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. Vistos estos conceptos, toda persona con interés legítimo podría ejercitar su derecho, de ahí que la legitimación activa *ad causam* se defina como la cualidad de un sujeto que consiste en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que ejercita. En el caso presente consta como hecho que los productos fabricados por la demandante son productos químicos que al entrar en contacto con el agua liberan cloro, es decir, se produce una cloración. La cloración es el efecto de desinfectar con cloro el agua, lo que se consigue con compuestos químicos que al contacto con el agua liberan cloro. La publicidad a que se refiere este proceso data directamente de la cloración y del cloro, destacando sus inconvenientes y efectos perniciosos, así siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y el interés legítimo en ejercer las acciones que le brinda la ley general de publicidad.

Así las cosas, la sentencia de instancia declara que se pretende inducir a error a los destinatarios, lo que afectará a su comportamiento económico/adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados y la nocividad. Y al mismo tiempo se produce un indudable descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que provocan la cloración. Hay una clara comparación del producto propio, anunciado con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos, es decir, no es objetiva, no se apoya en caracteres demostrados.

EXISTENCIA O NO DE MAQUINACIÓN FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia de 31 de julio de 1986 estima parcialmente la demanda formulada. El recurso de revisión se desestima.

Hechos.—Se ataca la validez y vigencia de un contrato suscrito por una Cooperativa de Automóviles y la empresa Mobil, S. A., por el arriendo de un inmueble destinado a estación de suministros petrolíferos, concretándose la maquinación en que en dicho contrato se declaró resuelto el contrato de arriendo por incorrecto e ilegal y, finalmente, se declaró la suspensión de pagos de la citada entidad.

Doctrina de la sentencia.—La desestimación de la demanda revisoria se justifica por las alegaciones que se aportan como integrantes de la maquinación al referirse a cuestiones de fondo, pues la recurrente contaba con documentos necesarios para la oportuna aportación. No se da situación de maquinación fraudulenta y no tienen encaje en tal concepto jurídico los alegatos revisorios. Así, conforme a reiterada doctrina de la Sala, se exige para la apreciación de concretas conductas que supongan el empleo de artificios, tretas, engaños o falacias que necesariamente se atribuyan a la parte que obtuvo sentencia favorable y que pretendan asegurar el resultado del pleito a su favor, causando indefensión en la contraria, lo que impone la concurrencia de pruebas.

CONTRATO DE OBRA POR AJUSTE A PRECIO ALZADO: ARTICULO 1.593 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Alcañiz en Sentencia de 25 de marzo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Teruel en Sentencia de 24 de mayo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El caso objeto de nuestro análisis se ajusta a la siguiente premisa: por el contrato de obra una persona contratista se obliga respecto de otra comitente a la obtención de un resultado previsto por los contratantes y si el contratista aporta los materiales corre con el riesgo del perecimiento de lo construido mientras no verifique la entrega, pero el abono del precio puede pactarse por unidad de medida, por admisión, por unidades de tiempo trabajado o fijándose un precio alzado o global, tal como examinan las dos sentencias de instancia para concluir, la de la Audiencia por exclusión, pues nos encontramos ante esta última modalidad como incardinable en el artículo 1.593 del Código Civil.

En realidad, la interpretación de los contratos constituye facultad privativa de los Tribunales de instancia, que ha de prevalecer en casación salvo que las conclusiones obtenidas se muestren contrarias a un recto criterio o estén en pugna con las pautas legales que establecen que en caso de no alegarse ninguna norma valorativa de prueba que se considere infringida, ha de estarse a lo resuelto que consiste en que el contratista puso trabajo, materiales y ade-

más realizó la obra por ajuste a un tanto alzado, incidiéndose en hacer supuesto de la cuestión al mantener lo contrario, cosa prohibida en recurso extraordinario como el que nos ocupa, que no es una tercera instancia, cosa que sabe el recurrente, conociendo también que no tiene base para atacar la prueba pericial en que ambas sentencias se apoyan.

Respecto al artículo 1.593 del Código Civil, es incierto que la Audiencia entienda que al tratarse de una obra efectuada a tanto alzado no puede existir modificación de los precios fijados inicialmente, pues admite el aumento de obra. Y es que la Sala tiene declarado con reiteración que cuando hay aumento de obra por incremento de la construida o un mayor valor de lo ejecutado por superior calidad de los materiales empleados, el contratista, siempre que conste el consentimiento del comitente en cualquier forma, incluso tácita, tiene derecho al mayor precio, que puede ser contratado por las partes o pericialmente o por una simple diferencia de valor, pues el propio artículo 1.593 así lo permite, pero se ha aclarado que dicho precepto no contiene una norma imperativa o de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, que no implica una limitación legal de la voluntad contractual, constituyendo un simple complemento de la misma, de manera que la fijación del mayor precio en el contrato de obra queda encomendado a la voluntad de los contratantes, pero si no llegan a acuerdo alguno, es llano que corresponde su determinación a los Tribunales a los que se acude con tal pretensión, debiendo realizar su labor interpretativa en búsqueda de cuál fue el concurso de voluntades, extremo en el cual tiene singular importancia aquello en que estuvieron conformes y los informes de los directores técnicos de obras, en consonancia con el dictamen pericial emitido en el proceso, máxime si éste señala, como en el caso que nos ocupa, cuál es la costumbre al respecto y lo fallado se ajusta a ello, porque ha de estarse a todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

IMPROCEDENCIA DEL DESAHUCIO Y PRIVACIÓN DEL DESAHUCIADO.
(SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid en Sentencia de 2 de abril de 1992 aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.^a) en Sentencia de 25 de mayo de 1993 estima el recurso interpuesto.

No ha lugar al recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En el presente pleito de responsabilidad profesional no cabe entender violada la *lex artis* porque declarado probado que la resolución del contrato de arrendamiento se produjo como consecuencia de la decisión del Juez de Primera Instancia que entendió que la parte apelante se personó fuera de plazo, ganó firmeza la dictada sentencia, y tal hecho fue admitido por la Audiencia.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid en Sentencia de 1 de mayo de 1991 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de

Madrid (Sección 21.^a) en Sentencia de 4 de mayo de 1993 estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—No es totalmente exacto la exigencia de que conste la recepción por parte del deudor de la reclamación extrajudicial del acusado, siendo la propia Sala la que así lo admite, pues la parte demandada probó la remisión de unos telegramas, causa del lógico conocimiento de su contenido. Así la sentencia mantiene que incumbirá a la recurrente probar la fecha de notificación del auto ejecutivo que se toma como fecha inicial o *dies a quo*, pues si por aquélla se pretendió aducir la prescripción de la acción, es evidente que ese *dies a quo* debió comenzar desde la fecha de notificación al demandante del auto ejecutivo.

LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE AUTORIZACIÓN EN NADA PUEDE PERJUDICAR A TERCEROS. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pontevedra en Sentencia de 23 de diciembre de 1992 desestima la excepción planteada y entrando a conocer del fondo del asunto estima íntegramente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) en Sentencia de 23 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Compañía «Holtza, S. A.», demanda a la entidad «José Malvar Construcciones, S. A.», en reclamación de cantidad por el pedido de la estructura de una piscina para instalar en una obra a efectuar por la última empresa citada.

Doctrina de la sentencia.—Se trata en este caso del poder para pleitos otorgado por la recurrida y que no precisa de inscripción en la hoja que se abre a cada sociedad en el Registro Mercantil, pues como precisa la sentencia de instancia, la falta de inscripción de dicha autorización no puede perjudicar a terceros.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO O LEASING. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid en Sentencia de 14 de marzo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) en Sentencia de 4 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Resolución de arrendamiento financiero en el que la arrendadora era «DAF Compañía de Leasing, S. A.», y el arrendatario don Antonio Rot Cortés, y el objeto un semi-remolque.

Doctrina de la sentencia.—Resulta del proceso una inaplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario que obliga a convocar a juicio a todas las personas interesadas en la relación jurídico-material. La veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y la válida relación jurídico-procesal requiere la intervención en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor. Es doctrina constante de la Sala la de que, aún cuando el actor es libre para llamar al pleito a quien crea y entiende que debe estar presente en el mismo, la relación jurídico-procesal que se inicia con la demanda y perfecciona con el emplazamiento en la litis del demandado o demandados tan sólo estará bien constituida cuando se haya dado la oportunidad de ser oídos en la litis a cuantos, por tener interés directo en el pleito, puedan resultar afectados por lo fallado en el mismo, ya que, en otro caso, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquéllos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, hubiesen de verse obligados a acatar lo resuelto, que opera sobre sus derechos. Es igualmente doctrina de esta Sala, que la forzosidad de este litisconsorcio pasivo puede y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales, incluso de oficio, en cualesquiera de las fases del procedimiento, sin perjuicio de que esta última actuación judicial ha de ser adoptada con las debidas cautelas para evitar que con ello se favorezcan las posturas dilatorias de quienes, pudiendo y debiendo alegar el defecto litisconsorcial en la contestación a la demanda, por la vía de la correspondiente excepción, podría dar lugar a la subsanación del defecto en el momento de la preceptiva comparecencia ante el Juez, con la consiguiente convalidación de la litis iniciada, prefieren omitir su oposición procesal, que únicamente ponen de manifiesto en momentos posteriores, cuando el tenor de las resoluciones de instancia ya pronunciadas les hacen temer un resultado desfavorable a la tesis mantenida en el litigio. Así, la necesaria compatibilización de las doctrinas jurisprudenciales anteriormente aludidas lleva a la obligada estimación del litisconsorcio pasivo en todos aquellos supuestos en que aparezca de manera clara y patente el interés en el litigio de una tercera persona no llamada al mismo. El litisconsorcio ha de apreciarse en el caso que nos ocupa porque prescindiendo de la incorrecta vía casacional elegida, es así como se ha evidenciado su vigencia.

INTERPRETACIÓN DE CLAUSULA CONTRACTUAL. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA A NO SER QUE SEA CONTRARIA A LA LEY. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga en Sentencia de 27 de octubre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a) en Sentencia de 15 de mayo de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Interpretación de un contrato y de sus cláusulas contractuales pretendiendo la averiguación y comprensión del sentido y alcance del consentimiento y de las declaraciones de voluntad de las partes.

Doctrina de la sentencia.—Nuestro Código Civil proclama y proporciona una serie de normas para la interpretación de los contratos a partir del ar-

título 1.281, normas estas en las que combina criterios *subjetivos*, como la averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes y *objetivo*, acorde con los usos de sus declaraciones. De tal manera que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentir literal de sus cláusulas. La Jurisprudencia de la Sala ha sido reiteradísima en este sentido de forma que la meridiana claridad no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que viene obligado, tanto para las partes como para el juzgador por imperio de la ley, debiendo admitirse cuestión sobre la voluntad de las partes cuando en las palabras no existe ambigüedad. Así, las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusivos del Código Civil, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal.

La función de interpretación de los contratos es privativa de los Tribunales de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se muestre ilógico, arbitrario, contrario o contradictorio con la ley especialmente a las normas sobre interpretación.

LA UNIDAD DE LA *CULPA*. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Narcea en Sentencia de 18 de diciembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.^a) en Sentencia de 22 de octubre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Accidente de trabajo ocurrido en la explotación minera «Perfecta 5 y Monasterio» de la entidad Coto Minero de Narcea, S. A., y que produjo la muerte de un obrero (señor Tato Jiménez) al ser atropellado por una vagoneta, comprobándose después del suceso «que las trancas no estaban puestas y que la máquina de cola no estaba enganchada».

Doctrina de la sentencia.—Es constante, reiterada y notoria la doctrina de la Sala que admite la compatibilidad de las pretensiones que nacen de accidente, con fundamento en distintas causas de pedir y en lo que concierne a la regularidad de las conductas y encaje de éstas, en los supuestos que previenen los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por culpa aquiliana, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional civil, que es el competente en los casos de reclamación por negligencia por cuanto que la indemnización que en estos casos pudiera acordarse es compatible con la que establezcan los órganos jurisdiccionales del orden social. El Tribunal Supremo mantiene la compatibilidad de responsabilidades —civil/laboral— en base a la indemnización por accidentes de trabajo y la dimanante de acto culposo, y que no excluyen las reglamentaciones laborales especiales que vienen explícitamente reconociendo la citada vigencia de los artículos 1.902 y 1.903 citados del

Código Civil. Pero la jurisdicción ordinaria civil no viene vinculada a la laboral, siendo por tanto independiente para enjuiciar conductas cuando se accionan al amparo de estos preceptos, pues la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo, siendo completamente compatibles ambas responsabilidades. También se mantiene la jurisdicción en multitud de casos análogos de acuerdo con la doctrina que tiene sentada de estimar compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dado sus fundamentos jurídicos adversos y la dualidad de pretensiones que no son incompatibles entre sí.

A lo largo del proceso se estima no acreditada la existencia de culpa exclusiva ni concurrente del fallecido. Y tomando en consideración la doctrina de la Sala sobre la inversión de la carga probatoria en casos de naturaleza y la también doctrina del riesgo agravado, cuando se acreditan elementos perturbadores o añadidos al riesgo normal (que evidencian indicios de culpabilidad) la Sala de instancia fija «que las trancas no están puestas y que la máquina de cola no estaba enganchada», hechos que no son imputables al operario. En todo caso, estaríamos en presencia de una culpa contractual, nunca extracontractual, de forma tal que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades (contractual/extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente u optando por una y otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

REALIZACIÓN DE OBRA. OFERTA/PEDIDO. PARALIZACIÓN INMEDIATA DEL TRABAJO DE LA SUBCONTRATA. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Puertollano en Sentencia de 8 de enero de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia de 14 de octubre de 1993 confirma la dictada en Primera Instancia.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—«Iturri, S. A.» fue contratada por «Minas de Almadén y Arrayanes, S. A.» para la realización de una obra, la cual subcontrató la obra con «Electrónica Rodero, S. L.», y a la vista de esto se elaboró un presupuesto sobre la base del cual «Iturri, S. A.» formula a «Electrónica Rodero, S. L.» una oferta/pedido, que es la que efectúa tal realización.

Doctrina de la sentencia.—La fundamentación del presente caso descansa en la oferta/pedido que se efectuó entre las partes aquí intervinientes. Nos encontramos no ante una cuestión de interpretación del contrato, sino de lo no previsto en él, para lo cual la Audiencia valoró los actos y la conducta de las partes. La idea básica de la aplicación literal del contrato conduciría al absurdo, pues en tal caso la parte actora no tendría derecho a la obtención de ninguna retribución por los materiales que se instalaron y que no eran los que se habían acordado. Al efectuar una obra distinta de la presupuestada con los citados materiales y precios que no están recogidos en la oferta/pedido se

ordenó por la parte la paralización inmediata del trabajo de la subcontrata, y no hubiese resultado lógico que esa paralización no hubiese sido efectiva hasta que las diferencias con la actuación de la subcontrata se aclarasen, y se le dejase actuar lo mismo que antes de la paralización de la obra y materiales que iba poniendo, sin exponer siquiera una reserva que haría valer en la liquidación final del precio de la obra y que ese momento acordase la unilateralidad en base a la fijación de los precios de la mayor obra u obra distinta.

FALTA DE PAGO DEL PRECIO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba en Sentencia de 20 de octubre de 1992 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a) en Sentencia de 22 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La entidad «Alfa-Laval, S. A.» celebra contrato de compraventa con «Aceites Carcabuey, S. A.», de una cosa determinada y por un precio cierto. El cumplimiento de la obligación de pago de éste, que fue aplazado, se garantizó con garantía personal y se instrumentó por medio de letras de cambio que fueron avaladas por dos avalistas como fiadores solidarios.

Doctrina de la sentencia.—El contrato de compraventa pactó que el precio se haría efectivo mediante letras de cambio que serían avaladas por tres personas y en su ejecución tan sólo fueron dos los que lo hicieron. Se deriva error y dicho error vicia el consentimiento y anula el contrato cuando el error, vicio de la voluntad, da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta y que precisa ser esencial y determinante de la voluntad declarada e inexcusable, pues no pudo evitarse mediante una diligencia media. Pero en nuestro litigio *no concurre el error*, ya que los dos avalistas, recurrentes en casación, conocían la obligación que asumieron y no hubo desconocimiento equivocado ni tampoco la falta de un tercer fiador era un elemento esencial para la prestación del consentimiento. El error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato, y no cabe alegar error en el contrato respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación. El que uno de los fiadores que se mencionan en el contrato posteriormente no aceptara tal posición (y no firmó como avalista las letras de cambio) y no alcanza la perfección del contrato (y, por tanto, a un posible vicio de la voluntad), sino a la consumación del mismo. Paralelamente a esto, el error como vicio del consentimiento da lugar a la anulabilidad del contrato, como dice reiterada jurisprudencia, que significa precisamente que no se produce *ipso iure* sino que debe ejercitarse por medio de una acción teniendo en cuenta que la acción se extingue por transcurso del plazo de caducidad.

En el caso, la sociedad compradora realizó una cesión patrimonial global en favor de otra sociedad, lo que se califica como asunción de deuda que es la sustitución de la persona del deudor por otra con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta. Y partiendo de su admisión, sólo se puede dar en su tipo de expromisión —acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor— y de delegación —acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con

consentimiento del acreedor—, si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor. Y además, no se presume, debe constar claramente la voluntad expresa de extinción o una incompatibilidad indiscutible. Así, la sentencia de instancia afirma que no se ha producido el inexcusable consentimiento del acreedor por lo que llega a la conclusión de que tal asunción de deuda no existe, ni como transmisión de obligación ni como novación extintiva, por lo que no se ha extinguido la obligación principal ni la fianza.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LA VIVIENDA CUANDO LA MISMA NO REÚNE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA HABITARLA. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla en Sentencia de 16 de enero de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) en Sentencia de 23 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa aparece claramente acreditado que la vivienda se encontraba sin puertas de acceso, ni en las habitaciones, ni en los pasillos y armarios; la puerta de entrada sin cristal, sin pasamanos la escalera, y por ello no puede entenderse cumplido por el vendedor su obligación de entregar la vivienda en correctas condiciones, y el comprador tiene derecho ante ese incumplimiento a resolver el contrato. Pues, lo que no resulta admisible es entregar una vivienda en condiciones ínfimas —como las descritas—, y obligar al comprador, que por lo común ya ha desembolsado una importante cantidad, a correr de su cuenta la terminación del piso, al ser esa la única solución para poder habitar, con el perjuicio que de ello se deriva y la incertidumbre de cobrar luego lo pagado.

INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 50 de Madrid en Sentencia de 31 de diciembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a) en Sentencia de 16 de mayo de 1995 estima de manera parcial el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Para la interpretación de los contratos se combinan criterios *subjetivos*, como es la averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes y *objetivo*, como es su significado de acuerdo con el uso de las declaraciones. Y siempre que los términos del contrato sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Y en lo que atañe a la *función* de dicha interpretación del contrato se estará a lo que dispongan los Tribunales de instancia, a no ser que haya sido ilógica, arbitraria o contraria a la ley, especialmente a las normas sobre interpretación. La interpretación de los contratos es función propia de los Tribunales de instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la ley o haya incidido en manifiesta equivocación, demostrando la vulneración de preceptos legales.

A su vez, la *calificación* del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos, pues «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan».

La calificación del contrato unida esencialmente y derivada de la interpretación es, como ésta, función del órgano jurisdiccional de instancia, a no ser —repetimos— que sea ilógica, irracional o contraria a la ley. La calificación jurídica de todo contrato corresponde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, arbitrario, absurdo o ilegal, erróneo o violador de normas de hermenéutica contractual. En resumen, la calificación del contrato está por encima de las declaraciones y hasta de la voluntad de las partes, pues ya hemos dicho que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan que sea, además la naturaleza jurídica de un contrato resulta del conjunto de sus cláusulas correctamente interpretadas, no de la simple denominación que se le haya dado. La sentencia de instancia ha interpretado el conjunto del texto del contrato, no sólo la denominación, y lo ha calificado de contrato de compraventa y advierte que se trata de un negocio jurídico bilateral cuya causa es la función objetiva del cambio de cosa por un precio. Se valora la intención de los contratantes y se atiende a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, de manera que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de sus declaraciones de voluntad, considera que la función de interpretación y calificación es privativa de los juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no revele como ilógica o contraria a las normas o hermenéutica contractual.

EJERCICIO DEL DERECHO RECONOCIDO EN UN CONTRATO DE GARANTÍA SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid en Sentencia de 30 de julio de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) en Sentencia de 24 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Celebración de un contrato privado de garantía en el que se garantizaba de forma solidaria las resultas de la obligación contraída con el Banco de Crédito e Inversiones, haciendo constar en dicho contrato la exoneración total del actor de pago de cantidad en cualquier concepto por razón del

préstamo, y el compromiso solidario de todos los garantes de abonar al actor las cantidades que no obstante la exoneración pactada, pudiera verse obligada a entregar.

Doctrina de la sentencia.—En el caso de Autos de un prístino contrato de fianza, las razones primarias que la Sala sentenciadora entiende para descartar la distinción que quiera hacerse entre «pagos» y «gastos» son procedentes y se ratifican, habida cuenta de la pretensión que persigue el resarcimiento por parte del actor, de los daños o menoscabos sufridos a consecuencia de la ejecución del préstamo hipotecario con el Banco, y precisamente por la garantía liberatoria asumida por los demandados ante cualquier detracción de su patrimonio. En el litigio planteado, habiendo existido la adjudicación de un inmueble propiedad del actor, a resultas del incumplimiento de sus obligaciones asumidas con el Banco, es llano que su valor económico o detracción experimentada por el actor por cualquier concepto de los enumerados en la garantía, es decir, gastos y daños y perjuicios, como conceptos garantizados que deben ser resarcidos por los demandados en cumplimiento de su obligación de garantía al efecto y que es cabalmente la fundamentación de la condena a cargo de éstos.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA PARA TRANSMITIR LA PROPIEDAD EXIGE LA ENTREGA DEL OBJETO. TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla en Sentencia de 16 de julio de 1988 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a) en Sentencia de 11 de abril de 1992 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil determina los medios para adquirir la propiedad (art. 609) y uno de esos medios es el atribuido a ciertos contratos en los que haya mediado la tradición, pues para que se pueda determinar la adquisición de la propiedad sobre bienes, establece nuestro Derecho como elementos esenciales la teoría del título y del modo. Pero se observa que se habla de algunos contratos y no de todos los contratos, pues existen en nuestro Derecho contratos como son el mandato, el comodato y el depósito, entre otros, que necesitan la concurrencia del título y el modo para indicar la existencia de la transmisividad del dominio. Y el contrato de compraventa es uno de ellos, pues dicho contrato *per se* no es un contrato traslativo de la propiedad sino media la *traditio* o entrega del objeto, o la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa.

Así, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha conseguido destacar en el contrato de compraventa su finalidad traslativa mediante la ampliación de la obligación que corresponde al vendedor de entregar la cosa objeto de dicho contrato, caracterizándose el contrato de compraventa por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa.

RESCISIÓN DE DONACIÓN REALIZADA EN FRAUDE DE ACREEDORES.
(SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid en Sentencia de 9 de octubre de 1992 estima la acción principal de la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.^a) en Sentencia de 19 de mayo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que ahora nos ocupa como supuesto de un contrato en fraude de acreedores, al demandante, como ajeno al negocio que se pretende invalidar, la rescisión equivale, por sus consecuencias, a la nulidad o negación de la existencia del contrato y estando acreditados los hechos de la demanda, esto es, tanto la existencia del préstamo a favor de la entidad actora, la previa existencia de la solvencia por parte de los demandados, la posterior donación efectuada a favor de sus hijos y la insolvencia de los mismos, ha de accederse a la pretensión resolutoria de dicha donación. No sólo se dan en nuestro caso los requisitos expuestos por el Juzgado, sino en cuanto a la insolvencia en que incurrieron los demandados queda acreditado que los bienes señalados como propios por el demandado en la diligencia de embargo, no le pertenecen ni resulta que en modo alguno le hubiesen pertenecido. Sin embargo, la rescisión del contrato no tendría lugar cuando las cosas objeto del mismo se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y en este caso, dichas cosas están dentro del patrimonio de los donatarios, sin que se haya establecido su mala fe en el negocio gratuito al respecto.

En realidad, con independencia de que la acción básica sea la de nulidad y la subsidiaria relativa a la declaración de donación fraudulenta o efectuada en fraude de acreedores, se subraya que esa petición se funda en el fraude de acreedores efectuada (que es la base de la acción subsidiaria), por lo que, si bien dicha nulidad por inexistencia, en criterio de la Sala lleva aparejada la subsunción de la pretensión dentro de la llamada acción rescisoria, pues al decir de los órganos de la instancia, tanto la *nulidad*, más bien la anulabilidad, como la *rescisión* son supuestos de ineficacia, que encaja la primera como un caso de *ineficacia originaria* y la segunda como *sobrevenida*, esto es, ambas tienen un objetivo común que se concreta en el acto gratuito de la donación efectuada en fraude de acreedores.

SATISFACCIÓN DE CANTIDAD SUPERIOR A LA PRIMA EFECTIVAMENTE RECAUDADA E INGRESADA. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Madrid en Sentencia de 12 de marzo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 121) en Sentencia de 3 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La entidad aseguradora tiene a su cargo, además de otras funciones, la de cobrar la prima que incluía la determinación de la que correspondía al Consorcio de Compensación, siendo la misma la que calculaba y

recaudaba la prima a pagar por el asegurado al citado organismo. Así las cosas, la naturaleza del riesgo asegurado en la póliza era de tipo industrial, riesgo éste que incluía una prima, la Compañía aseguradora dejó de aplicar, recaudar e ingresar una parte del recargo de la prima correspondiente al seguro de riesgos extraordinarios por un error en la aplicación de la tarifa, y producido el evento, el Consorcio abonó al asegurado una determinada cantidad, teniendo que afrontar el siniestro con unas determinadas previsiones basadas en un fondo de primas distintas del calculado anticipadamente, visto lo cual se lleva a cabo una reclamación de cantidad por el Consorcio de Compensación de Seguros a la Compañía Aseguradora. El citado Consorcio de Compensación no es un órgano pasivo sometido a la acción u omisión de las aseguradoras en su función recaudatoria sino que es él quien, con sus facultades inspectoras, puede corregir los errores en el cálculo de la prima y su recaudación.

Doctrina de la sentencia.—En base a los hechos acreditados, no cabe duda que el error en que incurrió la Compañía Aseguradora vino a comportar la omisión culposa o negligente que caracteriza a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, así como que tal error supuso para el Consorcio la realidad de un resultado dañoso, representado en el caso de autos por la diferencia entre la cantidad que se pagó y la que debía haber satisfecho en función de la insuficiente prima recaudada e ingresada por la aseguradora, cuya diferencia se corresponde con la suma reclamada en el procedimiento, y dado que entre uno y otro factor —*conducta o quehacer negligente y daño producido*— concurre la necesaria relación causal, no cabe argumentar que el Tribunal *a quo* aplicara indebidamente el susodicho precepto, ni la jurisprudencia que le interpreta, sin que quepa aducir en contra la obligación impuesta al Consorcio de abonar el importe del siniestro sin discutir su cuantía, pues semejante obligación no le priva de poder resarcirse del perjuicio originado por el porcentaje indebidamente satisfecho frente a la aseguradora que, por error, le causó aquél. A la Compañía Aseguradora le correspondía la recaudación e ingreso de la prima correspondiente.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS HECHA POR LA SALA DE INSTANCIA QUEDA INCÓLUME EN CASACIÓN A NO SER QUE SE DEMUESTRE QUE ES ILÓGICA O VULNERADORA DE NORMAS LEGALES. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vic en Sentencia de 30 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) en Sentencia de 19 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—El presente litigio fundamenta y concreta su análisis en unas escrituras públicas de compraventa que documentan un contrato real y no ficticio, pues en ella se dan todos los requisitos legales, consistiendo el precio en el levantamiento de los embargos e hipotecas que las gravaban, y recibiendo dicho precio no los vendedores, sino terceras personas a quienes se salda por los compradores su crédito que grava las fincas transmitidas.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa se ha venido a decir que si los recurrentes creen incorrecta la calificación de los contratos hecha por la Audiencia como negocios fiduciarios, por medio de una transmisión ficticia y no querida de propiedad, que oculta un pacto de fiducia consistente, entre otras cosas, en que el levantamiento de las cargas que pesaban sobre las fincas, a través de hipotecas que los adquirentes concertarían en su propio nombre y otros recursos económicos que produjesen tales fincas, dado el nulo crédito de los transmitentes con la finalidad de salvar el patrimonio y creyendo que no era correcta la calificación debieron alegar aquellos preceptos legales atinentes a la interpretación de los contratos que se hubiesen infringido, o bien demostrar que falta a las reglas de la lógica, pero no dar por supuesto que se está ante contratos de compraventa reales oponiendo simplemente su opinión sobre la naturaleza.

CONTRATO DE SEGURO: SU COBERTURA. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid en Sentencia de 29 de mayo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en Sentencia de 18 de mayo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Accidente de tráfico con resultado de muerte, provocado al colisionar frontalmente un vehículo en una curva y que tuvo lugar fuera del territorio español.

Doctrina de la sentencia.—Es abundante la jurisprudencia que dedica su estudio a la aplicación de la normativa del seguro privado y la interpretación de contratos de seguro, de forma tal que el contrato de seguro contempló como evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar la muerte y la invalidez, siendo intención la de los contratantes la de asegurar el doble riesgo de muerte o invalidez, de ahí que cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa o delimitación concreta del objeto del seguro. Al mismo tiempo la literalidad de los documentos se impone, por lo que no ha de tenerse en cuenta los supuestos de ineficacia de las condiciones limitativas del riesgo, que la jurisprudencia civil viene estableciendo, por no ser de aplicación a nuestro caso, toda vez que no se trata de supuesto de desconocimiento efectivo y concurrente del alcance del riesgo garantizado, pues la exclusión se manifiesta de forma expresa, precisa y destacada. Pues bien, nuestro supuesto se ajusta a unas condiciones generales del contrato de seguro voluntario de automóviles aportado por la parte demandante y admitido por la demandada dentro del apartado «siniestros» y que literalmente es como sigue: «las garantías cubiertas por la póliza surtirán efecto *únicamente* respecto a los siniestros acaecidos en territorio español». Y se añade: «Si el asegurado deseara extender algunas de las coberturas fuera del territorio nacional deberá contratarlo...» Por lo tanto, el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar acaeció fuera del territorio nacional, por lo que la postura de la Sala no ofrece la menor duda.

INDEMNIZACIÓN POR PERDIDA DE LA COSA DEBIDA. PERDIDA JURÍDICA SE EQUIPARA A PERDIDA FÍSICA. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid en Sentencia de 30 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) en Sentencia de 19 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—En el presente caso se dispone que el momento para determinar el valor de la cosa vendida cuya devolución no es posible al ser adquirida por un tercero protegido por la fe pública registral es el de la venta declarada nula y no el de la sentencia que declara la nulidad.

Doctrina de la sentencia.—Al decir de la Sala, la «pérdida» tiene lugar en el momento en que por su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hace *irrevindicable*, no así la sentencia que lo declara, y por ello habida cuenta de que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación jurídica preexistente. De ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron, careciendo de poder dispositivo sobre ellas, las cosas integrantes del haber hereditario de sus causantes.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR OBRAS EFECTUADAS EN INMUEBLES DE COMUNERO MOROSO. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella en Sentencia de 7 de mayo de 1992 estima sólo en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) en Sentencia de 2 de junio de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La idea o premisa general que aborda la presente litis es la de que dentro de una Comunidad, los comuneros deben afrontar proporcionalmente a su cuota, las obligaciones derivadas no sólo en cuanto a los gastos comunes sino también en cuanto a las repercusiones del costo de las obras de mejora realizadas en los inmuebles de que son titulares los adjudicatarios de los mismos.

VENTA DE UN BIEN PERTENECIENTE A ENTIDAD DECLARADA EN SUSPENSIÓN DE PAGOS. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid en Sentencia de 20 de septiembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en Sentencia de 13 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La cuestión aquí controvertida se circunscribe al siguiente interrogante: ¿La adquisición de propiedad de una finca por compraventa en

escritura pública como consecuencia de subasta notarial, da lugar a la cancelación de las anotaciones de embargo sobre dicho bien y que accedieron al Registro de la Propiedad con anterioridad?

Doctrina de la sentencia.—La idea reinante en el presente auto se ciñe al hecho de que la fecha de la venta de un bien perteneciente al suspenso y efectuado por la Comisión de Acreedores del Convenio que se alcanzó en el expediente de suspensión de pagos *no puede retrotraerse* a la fecha de la firmeza del Auto de aprobación de dicho convenio, ni a la del acceso del mismo al Registro de la Propiedad. En realidad, la entidad suspensa no cedió ningún bien a sus acreedores sino que se limitó a convenir un plazo para el pago de sus deudas, adquiriendo plena libertad para enajenar, gravar, disponer y administrar sus bienes, por lo que carece de base mantener que la ejecución del convenio constituyese un procedimiento extrajudicial de ejecución, pues en realidad era simplemente un medio convenido de satisfacción de una obligación incumplida.

Nos encontramos ante una tercería de dominio, no de mejor derecho, en la que sólo puede ventilarse la cuestión de si el bien objeto de traba de embargo era del embargado o era del tercerista cuando aquélla se produjo, pero en modo alguno quien tiene derecho a cobrar con el producto de la venta de dicho bien. Por otra parte, mientras las anotaciones de embargo ordenadas sean válidas y eficaces, sin que conste en autos la más mínima oposición a la tramitación del procedimiento de ejecución fuera de la suspensión de pagos, hay que respetarlas en los efectos que el ordenamiento jurídico les concede.

Además de lo expuesto, se observa que al adquirir el recurrente de la Comisión de Acreedores, ya constaban en el Registro de la Propiedad los embargos a favor de los recurridos, éstos tenían fecha anterior a su adquisición, por lo que no era posible invocar título ninguno que cerrase su acceso al Registro en el momento en el que lo hicieron porque el convenio alcanzado en la suspensión de pagos en modo alguno era ese título.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES COMPATIBLE LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL CON LA DE PENSIONISTA. ES CORRECTA LA REMISIÓN AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN PARA VALORAR LA FINCA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Bilbao.

No procede la casación. No se puede revisar toda la prueba en casación porque ésta no es una tercera instancia y tampoco se puede desarticular cuando se ha valorado conjuntamente. No se pueden sacar las propias conclusiones

o deducciones cual hace el recurrente para hacerlas prevalecer. El documento ha de ser literosuficiente y no contradicho por otras pruebas. La condición de pensionista del actor se puede compatibilizar con la de «cultivador personal», conforme al artículo 16 LAR. En cuanto a la valoración es correcta la remisión al procedimiento judicial de ejecución, ya que si la norma fundamental es la del artículo 39 LEF, si el precio calculado no resultase conforme al valor real de las fincas puede acudir a otros criterios estimativos, sin perjuicio de los demás derechos indemnizatorios que puedan asistirle al arrendador frente al arrendatario, conforme a la legislación arrendaticia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NOPROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD POR TENER ALGUNAS FINCAS UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DE LAS DE SU MISMA CLASE DE CULTIVO EN LA ZONA. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Vitoria desestimó la demanda, pero la Audiencia de Bilbao revocó en parte, concediendo el derecho de acceso sobre cuatro fincas, negándolo respecto a las otras dos.

No se admite la casación. La recurrente se basa en determinadas frases de los documentos que se reseñan, no en su totalidad, para deducir conclusiones parciales, subjetivas e interesadas. La prueba pericial es prueba documental pero no documento en el sentido del artículo 1.692.4.º LEC. La sentencia recurrida no basa su fallo denegatorio del acceso a la propiedad de dos fincas en que puedan realizarse construcciones, sino en la circunstancia tercera del apartado 1.º del artículo 7 LAR: valor superior al doble del precio de las de la misma clase de cultivo en la zona. El hecho de que tal circunstancia sobrevenga posteriormente produce la no aplicación de las normas arrendaticias, no que la misma se deje de aplicar hasta que se extinga, pues carecería entonces de sentido la norma y el pleito no tiene por objeto la extinción del arrendamiento, sino el acceso a la propiedad. El dictamen pericial ha sido tenido en cuenta constantemente por la Sala de apelación, según se lee en la sentencia recurrida, pues la prueba pericial no obliga al juez a no tener en cuenta ninguna otra prueba obrante en autos.

RETRACTO.—LA FINCA ESTABA ARRENDADA AUNQUE NO SE DIJERA EN LA ESCRITURA DE VENTA. EL PRECIO QUE DEBE PREVALECEER ES EL REAL, APRECIADO EN LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado de Guernica desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. La Sala *a quo* considera probado que la finca se halla arrendada, según un documento privado que se acompaña a la demanda, a pesar de que la escritura decía que no lo estaba, sin que se hubieran cumplido los requisitos de notificación al arrendatario de la enajenación y condiciones de la venta. Como se deduce de varias sentencias el precio que debe tenerse presente en estos procesos para dar lugar a la subrogación a que se refiere el artículo 1.521 del Código Civil, es el que figura en el contrato y que sea conocido por el retrayente y si puede pactarse un precio superior en documento

separado, este precio sólo puede mantenerse cuando exista una prueba cumplida de tales hechos y en este caso los recurrentes no hicieron constar qué precio fue el que medió en la venta ni menos probaron su cuantía (Sentencias de 7 de febrero de 1948, de 10 de mayo de 1958 y de 29 de mayo de 1957). Otras sentencias más recientes, como las de 12 de junio de 1984 y 10 de junio de 1988, siguen el mismo criterio, diciendo que en los casos dudosos hay que estar al precio real que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar, pero con la salvedad de que se conozca el verdadero precio, es decir, que resulte probado en autos y esta circunstancia no deriva de los autos, máxime cuando resulta que el demandado comprador es heredero del vendedor, lo que no apunta a señalar un precio muy elevado, si bien tal conclusión no se ha plasmado en hecho concreto, con repercusión en la cuantía del precio, determinado sólo a través de prueba pericial, que merece toda credibilidad.

EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—SE EXTINGUE POR EL FALLECIMIENTO DEL ANTERIOR ARRENDATARIO SIN QUE EL CONTRATO FUERA PRORROGABLE, YA QUE CONCURRÍAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTICULO 12.2 DE LA LAR. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 1 de Manresa estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación.

No procede la casación. Se declaró extinguido el arrendamiento por el fallecimiento del anterior propietario, declarado incapaz independientemente de haber perdido el demandado, por razón de jubilación su condición de profesional de la agricultura. Se alega que, notificada la resolución dos años después del fallecimiento del arrendatario, se había consentido tácitamente la prórroga del arrendamiento con los herederos de aquél, pero la parte actora se aparta del contrato por su propia voluntad. Cuando los actores comunican la finalización del arrendamiento no lo hacen porque haya fallecido el causante dos años antes, sino porque es en esa fecha cuando finaliza la prórroga convenida en 1981. La literalidad del documento dice que la notificación está dirigida al recurrente y se oponían a la prórroga, por lo que no hubo error del Tribunal *a quo*. El contrato en cuestión era improrrogable, debido a que al contrato le era aplicable lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley arrendaticia en conexión con el artículo 1.548 del Código Civil, razón por la que la concurrencia o no de la condición de cultivador personal en el arrendatario resultaba inoperante sin que operasen en favor del mismo las prórrogas legales. Los arrendadores no estaban obligados al cumplimiento de las exigencias del artículo 26 de la Ley, sin que esa conclusión se desvirtuase por la Sentencia de 6 de julio de 1989, ya que ésta se refería a un caso distinto al aquí juzgado.

APARCERIA.—SE HA EXTINGUIDO LA APARCERÍA POR QUE NO EXISTE PARA LOS APARCEROS LA PRORROGA PREVISTA PARA LOS ARRENDATARIOS QUE SEAN CULTIVADORES PERSONALES EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado de Balaguer desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior.

No se da la casación. El contrato existente entre las partes tiene la naturaleza de contrato de aparcería rústica y no se fijó duración, por lo que hay que recurrir a la legislación vigente en su día (Reglamento de 1959) que señalaba una rotación de cultivo, transcurrida la cual se extinguía, salvo acuerdo expreso entre las partes. Se prorrogó hasta después de la entrada en vigor de la Ley de 1980 en la que se dice también que el plazo mínimo será el de una rotación o ciclo de cultivo. De todo ello se desprende que la aparcería ha concluido sin que a ello se oponga la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 1980 porque su párrafo segundo es aplicable a los arrendamientos rústicos pero no a las aparcerías y el concepto de cultivador personal es aplicable sólo a los arrendamientos, por lo que no es aplicable el plazo de veintiún años que para dichos casos previene la Disposición Transitoria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO.—SE OCULTO MALICIOSAMENTE EL EMBARGO QUE LOS TRABAJADORES DEL ARRENDATARIO HABÍAN TRABADO SOBRE EL DERECHO DE TRASPASO QUE TENIA ESTE. (SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 5 de Vigo estimó la demanda, pero se interpuso recurso de revisión contra la misma.

Procede la revisión. Se ocultó el embargo del derecho de traspaso que hicieron los trabajadores del arrendatario, lo que les impidió enervar la acción de desahucio, dado su interés en la subsistencia del arriendo, habiendo notificado ya el embargo cuando el propietario interpuso la demanda de desahucio, en la que se silenció el gravamen de los derechos del arrendatario y cuya sentencia había de afectarles, por lo que procede la acción revisoria, siendo manifiesta la maquinación fraudulenta implicada en la conducta del arrendador que dejó en situación de indefensión a los acreedores del arrendatario, afectados por la misma. La legitimación para promover la revisión debe considerarse extendida no sólo a los interpelados en el litigio, sino a todos aquéllos que por estar directamente interesados en su resultado debieron ser llamados a él, ya que lo contrario supondría negarles los medios de defensa de sus propios derechos, privándoles de un recurso extraordinario.

REVISIÓN DE RENTA.—NO HA PROBADO EL DEMANDANTE SU DERECHO A SUBROGARSE EN LA CUALIDAD DE ARRENDADOR PARA PEDIR LA REVISIÓN DE RENTA. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 22 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

No procede la casación. No ha reconocido el demandado la subrogación en la cualidad de arrendatario de otra entidad distinta a la que concertó el contrato correspondiente y por ello el actor debe probar la cualidad con la que comparece en juicio. Es insuficiente decir que la actora ha quedado subrogada tácitamente en la posición de subarrendadora sin acreditar el título por cuya virtud se ha producido semejante sustitución y, de la licitud o ilicitud de tal subrogación, depende el pago del aumento a quien lo reclama. El juicio

sobre resolución de contrato del local de negocio fue resuelto en primera instancia, negando a aquélla legitimación para accionar. No puede inferirse de la prueba aportada que la actora reúna la cualidad de subarrendadora del local litigioso y por tanto con legitimación para reclamar el pago de las rentas pactadas y actualizadas.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—*LA ACTORA CONOCÍA EN TODO MOMENTO Y AUTORIZO EL CAMBIO DE LA SOCIEDAD QUE OCUPABA EL LOCAL, AUNQUE NO CONSTARA POR ESCRITO, SIEMPRE QUE SEA EXPRESO Y NO TÁCITO O PRESUNTO.* (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Bilbao desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó aquélla.

Triunfa la casación. Se desestimó la demanda puesto que no era controvertido que el demandado era quien ejercía la actividad en el local, pero la Audiencia declaró resuelto el arrendamiento, ya que las sociedades codemandadas eran entidades distintas, con personalidad independiente, por lo que se dio la intromisión de un tercero sin autorización del arrendador. Sin embargo, la actora conoció en todo momento y autorizó el cambio de la sociedad ocupante del local y hay hechos concluyentes que evidencian el consentimiento, como son: dar por concluido el contrato existente, reconocimiento personal del actor del consentimiento dado para el cambio de nombre a favor de la nueva entidad y en lo que se refiere a la no firma de un nuevo contrato, se afirma que ha ocurrido por las circunstancias aducidas y además no se ha aceptado la nueva renta que quería imponer el arrendador, por lo que se ve que el actor consintió que el actual ocupante del local fuera «Austin Automatismos, S. A.» y no «Austin del Norte, S. A.». A la autorización escrita no se le puede dar un valor constitutivo del subarriendo sino *ad probationem*, y como tal ha de entenderse dirigida, no al arrendador sino al arrendatario, al ser el medio normal de la prueba de la prestación del consentimiento, pero no impide que el arrendador pueda prestar su consentimiento en forma verbal siempre que el arrendatario lo pruebe y el consentimiento no sea tácito o presunto, cual exige la LAU. El arrendador que concedió en forma verbal su autorización y después pretende acogerse a la exigencia formal del artículo 22, faltando a la buena fe, trata maliciosamente de obtener la resolución del arrendamiento por falta de la forma escrita.

REVISIÓN DE RENTA.—*EL INCREMENTO DE LA RENTA HA DE PARTIR DE LA QUE SE VENIA COBRANDO POR MUTUO ACUERDO AL NO TENER EFECTO RETROACTIVO LA RECLAMACION, YA QUE EL NO EJERCICIO ANTERIOR DE LA ACCIÓN SUPONE UN ABANDONO DE LA MISMA, AUNQUE SEA TEMPORAL.* (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Castellón estimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Valencia en cuanto a la cuantía de la renta.

No procede la casación. El contrato se hizo por un plazo de veinticinco años, con revisiones cada cinco años. El cálculo re visorio carece de cifras a tener en cuenta conforme ordena el artículo 101.1 LAR, al fijar como fecha

de su exigibilidad la de su reclamación por vía judicial al no poder tener efecto retroactivo, según preceptúa dicha norma sustantiva. Tratar de dar efecto retroactivo a incrementos atrasados, actualizándolos para fijar una renta-base nueva, marginando las revisadas antes, no es de recibo por carecer de apoyatura legal y jurisprudencial y así resulta del artículo 101. La doctrina es que las revisiones de renta ya practicadas y satisfechas son inalterables y no se pueden dar efectos a los incrementos que los índices de referencia pueden representar, ya que su operatividad y adecuación a lo que se hubiera convenido impone el concurso del acreedor y la aceptación del deudor. Los efectos de revisión son *ex nunc* y no *ex tunc* desde que pudo ejercitarse con observación de la normativa vigente. El no ejercicio de los arrendadores de la reclamación de los aumentos representa un abandono o renuncia temporal del derecho, ya que lo contrario facilitaría la inseguridad jurídica contractual. En cuanto al recurso del demandado, no es base del incremento la renta inicial sino la obtenida convencionalmente en el período anterior, que es lo que asegura el equilibrio de prestaciones sinalagmáticas en el contexto del coste de la vida como establece este Tribunal.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—*SE HA PROBADO EL ACCESO AL USO DEL LOCAL DE PERSONA DISTINTA A LA ARRENDATARIA, SIN AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO.* (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No procede la casación. Se ha probado que la arrendataria del local permitió, sin autorización del propietario, el acceso al uso del local de persona distinta de la arrendataria y sobre tal base fáctica acordó la resolución del arrendamiento por aplicación de la causa 5.^a del artículo 114 LAU. Entre los medios de prueba admitidos figura el de presunciones. La lógica de la deducción está fuera de toda duda: probada la existencia de placa anunciadora de un oftalmólogo que recibe clientela, que entra por puerta distinta, que se anuncia en la prensa y reparte tarjetas, la consecuencia es evidente: el óptico permitió el ejercicio profesional dentro del local arrendado a personas ajenas al contrato.

DECLARACIÓN DE DERECHO.—*SE DECLARAN VALIDOS DOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y NULO EL TRASPASO POR NO EXISTIR EL CONSENTIMIENTO PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LOCAL EN ALMACÉN, YA QUE ESTE NO SE PUEDE TRASPASAR.* (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Tarrasa estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. Se declaran válidos dos contratos de arrendamiento y nulo el traspaso formalizado en escritura por no existir el consentimiento para la transformación de local en almacén, ya que éste no es apto para el traspaso por no permitirlo el artículo 30 LAU, sin que exista consentimiento para las obras de unión de los locales y sin que exista novación propia ni

modificativa, por no existir consentimiento de las partes para transformar la obligación preexistente. La Audiencia entendió que había novación y que los dos locales se habían convertido en uno y el traspaso había sido correcto conforme a la LAU. Pero el artículo 1.204 del Código Civil dice que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean incompatibles y ese carácter imperativo se conecta con reiteradas sentencias, como la de 9 de enero de 1992, entre otras. No se ha probado la incompatibilidad entre ambos contratos, ya que la arrendadora siempre ha negado la viabilidad del nuevo contrato y el arrendatario incluso en la escritura de traspaso manifiesta serlo de dos locales y no de uno sólo, aunque luego realice dicho traspaso como si se tratase de un local único, lo que ocasiona la nulidad del traspaso.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL ESTABLECIMIENTO EN EL LOCAL ARRENDADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE UNA ENTIDAD DISTINTA A LA ARRENDATARIA SIGNIFICA UNA CESIÓN O TRASPASO INCONSENTIDO. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Bilbao desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfó la casación. En el Registro Mercantil de Vizcaya se establece como domicilio social de la demandada el local arrendado confirmándolo la declaración del Impuesto de Sociedades y del IVA y, según el recurrente, basta probar la domiciliación de una sociedad en el local arrendado para que concurra la causa resolutoria, siendo innecesaria la prueba de la ocupación material del mismo, porque basta la introducción de una tercera persona que la use en beneficio o provecho propio para producirse la resolución del contrato. Así declara reiterada jurisprudencia de esta Sala que la formación de una sociedad con sede social en los mismos locales, arrendados y dedicados a idéntico negocio que el que en ellos ejerce el arrendatario, constituye una cesión o traspaso del derecho arrendaticio por haberse implicado una nueva personalidad sin consentimiento ni conocimiento de aquéllos y, por tanto, la resolución del arrendamiento conforme al artículo 114 LAU.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATRIA POTESTAD. PRIVACIÓN DE LA MISMA POR PARRICIDIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad.

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid, la privación de la patria potestad por parricidio cometido contra la madre de

éste por el padre y confirmada la sentencia por la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, 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, manifestando que la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil. El carácter familiar de la patria potestad no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 del Código Civil, se establezca como una medida de protección del menor. Así lo han entendido, con pleno acierto, las sentencias de primera y segunda instancia cuando accedieron a la pretensión de privación de la patria potestad respecto al recurrente don M. T. Ante un supuesto hecho similar, la Sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1993, con cita de las Sentencias de 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1991, establece que «la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen, tanto los hijos como los padres, en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentran como la posibilidad de su ejercicio integral». De acuerdo con esta doctrina ha actuado el juzgador de instancia. Ha tenido en cuenta, ante todo, el interés del hijo menor, su personalidad, su estado emocional y demás circunstancias concurrentes en el caso, en verdad singulares, para llegar a la conclusión de la procedencia de la privación de la patria potestad tras la ponderada valoración de los elementos probatorios y la correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso debatido, por lo que, en consecuencia, el motivo también debe desestimarse.

FILIACION NO MATRIMONIAL. INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIAS DE 3, 10, 12 Y 19 DE SEPTIEMBRE; 9, 17, 24 Y 28 DE OCTUBRE DE 1996.)

Todas estas sentencias establecen que la negativa injustificada a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, que llega a una total fiabilidad en sentido negativo y hasta un 99,89 por 100 de posibilidades positivas, aunque no pueda ser determinante de una *ficta confessio*, ha de ser relacionada con las demás pruebas para obtener la indispensable convicción en orden a la cual la nega-

tiva injustificada constituye indicio probatorio muy cualificado, pues tal negativa puede entrañar un afán obstruccionista, que incluso puede llegar hasta un fraude de ley o un ejercicio antisocial del derecho. Sin que tal negativa pueda justificarse aduciendo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otras personas, esto es, por el riesgo del *plurium concubentoum*.

PROMESA DE MATRIMONIO. UNION DE HECHO. DAÑO MORAL. RESARCIMIENTO. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El incumplimiento de la promesa de matrimonio no origina daño moral resarrible.

La actora, apelada y recurrida, convivió con el demandado, apelante y recurrente, por espacio de unos tres años integrándose en tal convivencia los tres hijos que aquella tenía de su precedente matrimonio disuelto, hasta el punto de llevar a su ánimo la certidumbre de que se celebraría el matrimonio civil, en razón a la cual realizó determinados gastos relativos entre otros a los hijos y resolvió el contrato de arrendamiento de su vivienda. La frustración del proyecto matrimonial la originó una depresión y daños materiales y morales. El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla condenó al demandado a abonar a la actora cinco millones de pesetas, que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla redujo a tres millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. 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, si bien determina que «el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial, no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones», y que «los demás daños son reparables conforme al artículo 1.902 del Código Civil».

UNION DE HECHO. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1996.)

Cuestionado el ejercicio de la patria potestad tras la ruptura de la unión de hecho, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre actora y apelante contra la sentencia de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado número 2 del Puerto de Santa María, conforme a las siguientes puntualizaciones:

1. La titularidad de la patria potestad corresponde a ambos padres.
2. El ejercicio cotidiano y ordinario de dicha función tuitiva corresponde en exclusiva a la madre, con quien el hijo convive.
3. El padre debe ser oído y consultado por la madre, antes de que ésta adopte decisión alguna, en aquellas cuestiones que afectan al menor y tengan carácter extraordinario o revistan especial importancia; sólo en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia, el padre, si discrepare razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá recabar la situación (sic) decisoria de la autoridad judicial.

4. La obligación de alimentos es igualmente compartida, fijándose en ejecución de sentencia el alcance de la misma.

5. El padre podrá tener consigo al hijo desde las doce a las veinte horas de los sábados y domingos del primer fin de semana de cada mes.

DIVORCIO. PENSIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El divorcio no genera derecho a alimentos entre parientes sino la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, sin que sean aplicables los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, sino el artículo 97 del mismo Cuerpo legal.

UNION DE HECHO. COMUNIDAD DE BIENES. INAPLICACIÓN SUPLETORIA DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

Se rechaza la aplicación por analogía a la unión de hecho del artículo 1.351 del Código Civil y, en general, del régimen económico matrimonial de gananciales, sino que existe una comunidad de bienes regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

REVISIÓN. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1996.)

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 revisión interpuesto contra la sentencia firme del entonces Juzgado de Distrito de Torrijos en juicio de cognición, basando la decisión en que los recurrentes habían sido demandados y emplazados con distintos apellidos a los que ostentaban y correspondía, aunque estos apellidos verdaderos constasen en la sentencia.

SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. ENAJENACIÓN DE BIENES DEL INCAPAZ. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Román García Várela, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Vélez-Málaga, confirmando la de éste.

Los hechos son los siguientes:

1.º El demandante don F. R. S. es hijo de don R. R. V. y de doña A. S. V. y sobrino carnal, por línea materna, de doña S. S. V., esposa de don J. V. P., a su vez padre de don R. V. G., quien fue declarado incapaz y falleció en el Sanatorio Psiquiátrico «San José», de Málaga, en fecha de 10 de julio de 1981, a los noventa y dos años de edad.

2.º Don J. V. P. otorgó testamento abierto el 12 de diciembre de 1924, y lo ratificó en otro de 10 de noviembre de 1931, excepto en lo relativo a la tutela de su único hijo.

En la cláusula quinta del primer testamento legó el tercio de libre disposición en pleno dominio a su segunda esposa y sobrina carnal doña S. S. V., y en la sexta instituyó y nombró heredero, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a su único hijo don R. V. G., nacido de su primer matrimonio con doña A. G. L.

En la cláusula séptima del segundo testamento dispuso que, si «por continuar en el estado de incapacidad su hijo don Ricardo no pudiese éste testar, nombra por heredera universal del mismo a la esposa del otorgante doña S. S. V., y, si hubiera fallecido, a sus herederos legítimos».

Doña S. S. V. falleció el 12 de octubre de 1950, sin descendientes ni ascendientes, sobreviviéndole, entre otros, su hermana doña A. S. V., madre del actor.

3.º Don J. V. P. constituyó la tutela de su hijo don Ricardo en los mencionados testamentos; el Consejo de Familia fue reconstituido en diversas ocasiones, la última en 13 de marzo de 1971; asimismo, los cargos de tutor y protutor cambiaron en el tiempo y, en la fecha del fallecimiento del incapaz, don R. S. B. y don J. L. M., respectivamente, tutor y protutor.

4.º Por escritura pública otorgada el 24 de marzo de 1981 fueron transmitidas a don A. F. S. S. y don A. R. S., hijo y sobrino del tutor, determinadas fincas.

En dicho documento, que se inscribió en el Registro de la Propiedad cuatro años después de su otorgamiento, se detalla que los adquirentes se obligan a pagar al Sanatorio Psiquiátrico «San José», de Málaga, la cantidad de QUINIENTAS CINCUENTA Y UNA MIL SETECIENTAS QUINCE PESETAS (551.715 pesetas), adeudadas al centro por la residencia y asistencia de don R. V. G., e, igualmente, a abonar todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, entendidos como alimentos y con la amplitud señalada en los artículos 142 y concordantes del Código Civil, que ocasione el internamiento del incapaz hasta su muerte, así como el impedimento de enajenar las fincas referidas en vida de éste.

5.º La cesión se produjo sin la pública subasta entonces establecida legalmente para la enajenación de inmuebles de menores e incapacitados.

6.º Don F. R. S., en nombre propio y de la comunidad hereditaria de don J. V. P., interesó la declaración de nulidad radical de la enajenación realizada en escritura pública de fecha 24 de marzo de 1981, y la de nulidad de las inscripciones y la orden de su cancelación para que recobren plena validez las inscripciones anteriores a favor de don R. V. G.

La Audiencia, para decidir que el demandante carece de acción discurre conforme a esta alternativa:

a) Si la sustitución ejemplar afecta sólo a los bienes del testador sustituyente, el demandante carece de derechos hereditarios sobre ese patrimonio, e

incluso de cualquier expectativa sobre las fincas rústicas, objeto de la cesión en el contrato de vitalicio; b) si aquella comprende toda la herencia del sustituido, no se reconoce ningún derecho al demandante, que no ostenta la calidad de heredero legítimo de doña S. S. V. por no ser heredero testamentario ni forzoso de la misma, sin que a esta afirmación pueda obstar el hecho de que su madre, doña A., fuera instituida como sucesora condicional y de residuo en el usufructo de cierta parte de la herencia, pues por un lado, ni siquiera consta que dicha institución se consumara antes de su fallecimiento, y, por otro, aunque así hubiese ocurrido, el óbito de la usufructuaria habría extinguido su derecho.

A su vez, la parte recurrente incorpora una tercera posibilidad, no contemplada por la Audiencia, conformada así: la sustitución ejemplar es siempre un nombramiento del derecho del incapaz por el sustituyente y, en este caso, al efectuar ese llamamiento, en favor de quienes fueran herederos legítimos de doña S. en el momento de la muerte de don R., comprendía a todos los que fueran herederos abintestato de esta señora.

La tesis aducida, dice el Tribunal Supremo, es válida y la doctrina jurisprudencial la ha recogido reiteradamente; en efecto, esta Sala tiene declarado desde la Sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quién opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate, éste, don J. V. P., verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña S. y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de ésta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quiénes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña M. V. P., de manera que al llamar a la stirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues sólo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don José efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña S. para que ésta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituiría, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código Civil.

El recurrente ha utilizado la acción de nulidad absoluta por falta o ilicitud de causa con fundamento en el artículo 1.261 del Código Civil en relación con los artículos 1.274, 1.275 y 1.276 de este ordenamiento y esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 12 de diciembre de 1960 y 8 de febrero de 1972, que para el ejercicio de la misma está legitimada cualquier persona con interés en ello, entre los que se encuentran los terceros perjudicados, situación en la que se halla el actor y recurrente como secuela de sus expectativas de derecho a la herencia yacente de don R. V. G.

Los motivos tercero y cuarto del recurso, los dos amparados en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —uno, por transgresión del artículo 272 del Código Civil en su anterior redacción en relación con el artículo 6.3 de este ordenamiento, al no haberse utilizado el medio de la subasta pública para la transmisión de las fincas; otro, por vulneración del artículo 1.275 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, ya que

la sentencia recurrida no tiene en cuenta que el contrato celebrado posee una causa ilícita—, se estima porque, aunque la sentencia recurrida considera que la subasta debió haberse celebrado, sin embargo *razona* que, como don F. R. S. carece de interés legítimo para reclamar la nulidad del contrato, no puede ser denunciada la falta de dicho formalismo, situación que, como se ha expuesto, no se acepta en esta sede por mor de lo consignado en el fundamento de derecho precedente sobre la aptitud del hoy recurrente para deducir la demanda al disponer de la oportuna acción, cuya argumentación, en evitación de repeticiones, se da aquí por reproducida.

Sin perjuicio de lo hasta ahora razonado en este fundamento de derecho, conviene explicar que el párrafo primero del artículo 272 del Código Civil utilizaba en su derogada redacción el término «enajenación» en el sentido específico de «venta», concepto mantenido en el segundo párrafo al referirse a los valores bursátiles propios del menor o incapacitado, y este significado provocó que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de noviembre de 1917 indicara que el requisito de la subasta pública repugna al contrato de permuta, ante lo cual relevantes juristas de aquella época señalaron que, por ser este pacto una forma de transmisión, al exigir el artículo 272 que la enajenación de bienes inmuebles se haga en pública subasta o lo prohíbe, pues en tal acto es imposible la subasta, lo cual es un absurdo, o no lo ha tenido presente, y, al entender que los inmuebles de los menores o incapacitados sujetos a tutela pueden permutarse, buscaron medios sustitutivos de la pública subasta y estimaron como tales la previa tasación judicial de las fincas que por una y otra parte han de ser cambiadas y la justificación de la utilidad a reportar por el acto, cuya solución esta Sala estima adecuada y vale para el atípico pacto de vitalicio, cuyas peculiaridades asimismo rehusan la subasta, pero sin que en el caso del debate se haya reemplazado por los mecanismos referidos ni tampoco por otros, lo que conduce a la nulidad de la enajenación.

La evitación de la subasta o de un instrumento alternativo supone que el acto realizado contradecía el mandato del artículo 272 en su precedente redacción, y este hecho ha generado la nulidad de pleno derecho del negocio en atención a su naturaleza —tema que se *tratará* en el fundamento de derecho siguiente—, móviles —la adquisición de las fincas por un hijo y un sobrino del tutor—, circunstancias —aparte de las comentadas, el hecho de no haber inscrito la escritura en el Registro de la Propiedad hasta cuatro años después de su otorgamiento—, y efectos previsibles —los exiguos desembolsos realizados por los adquirentes hasta el fallecimiento del incapaz—.

Además, la presencia de las puntuales particularidades reseñadas acto seguido, incluye lo acaecido dentro de aquellos pactos configurados como ilícitos por el matiz inhumano de la operación en su conjunto y que, de acuerdo con el artículo 1.275 del Código Civil, determinan que el contrato, por poseer una causa torpe, no produzca efecto alguno; en este sentido, se tiene en cuenta la formalización del negocio jurídico cuando don R. V. G. contaba noventa y un años de edad y, por tanto, eran escasas sus posibilidades de prolongación de vida; se valora la ausencia de significado económico auténtico en el convenio, debido a que no era necesario para atender la deuda por asistencia en el sanatorio y los exiguos gastos mensuales de mantenimiento del incapaz, que se podían satisfacer con los recursos de su pensión anual y las utilidades del dinero obtenido por la venta anterior de una casa en Málaga; y se considera la expresada relación de parentesco entre el tutor y los cesionarios.

El motivo quinto del recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los arts. 1.276 y 619 del Código Civil, y también del art. 275 del mismo Cuerpo legal en su redacción anterior, y de la jurisprudencia relativa a los negocios simulados con simulación relativa, pues la sentencia recurrida no considera que el negocio objeto del pleito carece de causa onerosa, y admite aquí la aleatoriedad propia del contrato de vitalicio—, se estima porque estamos ante una relación jurídica desprovista de causa onerosa, que no es posible por la clara desproporción entre la importante aportación patrimonial puesta a cargo de los adquirentes y lo recibido a cambio por el incapaz, tan sólo QUINIENTAS CINCUENTA Y UNA MIL SETECIENTAS QUINCE PESETAS (551.715 pesetas) y unas mensualidades por alimentos de VEINTISÉIS MIL PESETAS (26.000 pesetas) —de las que sólo se devengaron las ocasionadas desde la fecha del contrato hasta el fallecimiento de don R. V. G., cerca de tres meses y medio después—, sin que se diera la aleatoriedad por la avanzada edad de éste, enfermo senil y que, además, padecía una afección crónica mental y, según antes se argumentó, con escasas probabilidades de prolongación de vida.

Se ha formado un negocio aparente para ocultar otro que era el realmente deseado por las partes, lo que la doctrina jurisprudencial califica como supuesto de simulación relativa; en verdad, estamos ante un contrato de donación con carga o gravamen encubierto bajo la forma de otro de vitalicio, que ha de reputarse ilícito, debido a que el artículo 275 del Código Civil en su anterior redacción, vigente al momento del contrato, prohibía al tutor donar o renunciar cosas o derechos del incapacitado, de modo que la convención referida constituye fraude de ley.

COMENTARIO.—Acerca de la naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar (y lo mismo análogamente de la pupilar) se ha mantenido que:

1.º Se trata de un testamento del incapaz otorgado por el padre o ascendiente, quien puede designarle sustituto tanto en sus propios bienes como en los privativos del incapacitado. El sustituto sucede al sustituido, pues la ley faculta al ascendiente para disponer de la herencia del incapacitado o testar en su nombre, a fin de evitar que muera intestado, siendo ésta realmente una excepción al carácter personalísimo del testamento consagrado por el artículo 670 del Código Civil (TRAVIESAS, ROYO, ALBALADEJO, ROCA SASTRE, PUIG PEÑA, Sentencias de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y la que comentamos).

Como principales argumentos a favor de esta opinión puede aducirse que la misma se apoya en la concepción romana y los precedentes patrios, que debieron ser recogidos por el Código Civil conforme a las bases 1.ª y 16.ª; y que de no ser así, vendría a ser superflua esta institución, pues sus mismos fines podrían conseguirse mediante la sustitución vulgar o la fideicomisaria condicional; finalmente, que así parece presuponerlo el propio Código, cuyo artículo 777 parece, en efecto, dar por supuesto que el sustituto sucede al sustituido, pues no puede pensarse que los herederos forzosos de éste pudieran accionar como legitimarios contra el sustituto nombrado por el ascendiente si lo fuese sólo para sus propios bienes y no los del sustituido, pues se trataría de una herencia ajena.

2.º Una variante de la opinión anterior es la de considerar que se trata de una disposición de una herencia ajena en la que el causante no es el testador,

de tal modo que es un testamento del propio padre o ascendiente en el que excepcionalmente y actuando en propio nombre (por lo que no supone una excepción al carácter personalísimo del testamento) puede disponer de una sucesión ajena —la del incapacitado sustituido— incluso respecto a los bienes propios de éste no recibidos a través del sustituyente.

3.º Opinión contraria a las anteriores es la de quienes entienden (OLIVA, SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN, CASTÁN, BONET RAMÓN) que el sustituyente ascendiente puede testar por el sustituido o disponer de su herencia sólo respecto a los bienes que éste haya recibido de aquél por causa de muerte, pues no aparece expresamente desvirtuado para este caso el carácter personalísimo del testamento en el Código Civil.

4.º Por su parte, JERÓNIMO LÓPEZ en su estudio «Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español», *ADC*, XI-3, julio-septiembre de 1958, págs. 3-19, sostiene que se trata de llamamientos de herederos en orden sucesivo a la herencia del sustituyente, quien nombra para sí mismo —no para el sustituido— un segundo heredero, en previsión de que el incapacitado puede morir intestado y pasar los bienes en que le suceda a personas que no son de su agrado. El fin de esta sustitución, dice, no es tanto proteger al sustituido como a los sustituibles, removiendo el obstáculo que se opone a que sean favorecidos por el testamento.

Como fundamento de su parecer aduce que el Derecho romano careció, en realidad, de un criterio unitario; que la misma Ley de Bases permite que se adopten soluciones nuevas; que no hay tal carácter superfluo, pues se evita la forma expresa y el expreso llamamiento de las sustituciones fideicomisarias; y, finalmente, que no hay tal oposición entre esta concepción y el artículo 777, antes por el contrario, este precepto queda sin explicación si se mantiene la primera opinión, cuyos partidarios lo consideran excepción extraña e injustificada al primitivo artículo 814, mientras que la opinión por él sustentada lo explica, lógicamente, como muestra de la primacía de la sucesión necesaria del sustituido sobre la dispuesta para sí mismo por el testador de quien proceden los bienes.

La Sentencia de 20 de marzo de 1967 (ponente don Manuel Taboada Roca) mantiene el criterio expuesto en tercer lugar limitando la sustitución a los bienes que el ascendiente haya dejado a su descendiente incapaz. Por el contrario, la sentencia que comentamos da por supuesto que comprende todos los bienes, incluidos los propios del incapacitado, criterio que puede considerarse mayoritario hoy día.

TESTAMENTO. NULIDAD. FALTA DE FIRMA DEL TESTADOR (artículos 675, 687 y 695 del Código Civil). (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1997.)

Al no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, se omitió una de las formalidades esenciales en orden a la validez del testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Negreira.

Los hechos son muy sencillos. Don F. T. B. otorgó sendos testamentos notariales abiertos en fechas 14 de agosto de 1968 y 2 de marzo de 1983 ante

distintos notarios, en los cuales se hace constar expresamente que el testador no firma por no saber hacerlo, haciéndolo a su ruego el testigo que se designa. Los demandantes y apelantes impugnan la validez del testamento aduciendo que tal manifestación no es cierta, como se deduce del cuaderno particional de la herencia de sus padres, relativo al cupo del hermano del testador, pericialmente averado, así como del acta notarial de manifestaciones de fecha 29 de julio de 1977, autorizada por notario distinto a los de los testamentos, en la que igualmente plasmó su firma.

El Juzgado de Primera Instancia de Negreira desestimó la demanda, quizá basado en que efectivamente, en la fecha del último testamento el testador no sabía firmar, pues murió aquejado de la enfermedad de Parkinson y sabido es que una de las secuelas o efectos de esta enfermedad es la de olvidar cosas que antes se conocían o era posible hacer. En cambio, la Audiencia declaró la nulidad de los dos testamentos, abriendo la sucesión intestada, basándose en que no era cierta la manifestación del testador de que no firma por no saber hacerlo.

El Tribunal Supremo recoge este último argumento al manifestar que «puesto que la sentencia recurrida declara hechos probados, entre otros, que en los testamentos se hacía constar que el testador no firma por no saber hacerlo y que tal manifestación no era cierta, hay que estar a tales hechos al no poder ser atacables en casación. Añade, además, que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, hasta el punto de que este aspecto formal —imperativamente impuesto— predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador. Y concluye que cuando está acreditado no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, nos encontramos, sin lugar a duda alguna, que se omitió una de las formalidades esenciales que previene el artículo 695 del Código Civil en orden a la eficacia y validez del testamento.

COMENTARIO.—Como puede observarse, el Tribunal Supremo confirma en esta sentencia el criterio rígidamente formalista de otras anteriores, como las de 4 de enero de 1952 y 10 de noviembre de 1973, siendo de observar que las sentencias proceden de Galicia y de testamentos otorgados por gallegos. Existe, sobre todo entre los paisanos gallegos (gentes que, aunque no muy ilustradas, tienen un intuitivo instinto jurídico, no siempre acertado, para salir del paso mediante subterfugios) para salir al paso de presiones de última hora por ciertos familiares, la costumbre de adoptar la solución, cuando no quieren hacer el testamento con el contenido que les «aconsejan» y al propio tiempo temen o no se atreven a testar de otro modo (sobre todo existiendo los testigos quienes pueden informar a los parientes), de afirmar que no saben firmar o que no pueden hacerlo, cuando les consta a ellos mismos lo contrario. Y por muchas admoniciones que el Notario haga a los testigos acerca de la obligación de guardar secreto, es lo cierto que el testador sigue desconfiando de éstos, por lo que apela a ese medio de declarar falsa y conscientemente para burlar las apetencias de quienes le presionaron para disponer de los bienes en determinada forma.

Por tanto, más que anular el testamento por carecer de un requisito formal o extrínseco, parece que procede su nulidad por falta de un requisito de fondo

o interno, cual es la falta de voluntad libre y deliberada de testar, es decir, tener por suyo el contenido del testamento, siempre que existan pruebas de esa posible coacción sobre el testador. De no ser así, parece preferible opinar que la declaración de no saber firmar equivale a la firma del testador cuando por él y a su ruego firma uno de los testigos. Da base a esta solución el propio Código, que no expresa «si el testador no sabe o no puede firmar», sino «si el testador *declara* que no sabe o no puede firmar. Esa declaración, hecha ante el Notario y los testigos, estimo que debe amparar la validez del testamento. En todo caso, puede corroborarse con lo que aparezca en el documento de identidad. Si apareciese firmado, el Notario debe insistir para que el testador firme, aunque lo haga mal.

SUCESIÓN. LEY NACIONAL APLICABLE. REENVÍO. DESHEREDACIÓN SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. ACTOS PROPIOS. ARTÍCULOS 8, 9.1, 12 Y 851 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

La sucesión se rige *prima facie* por la Ley nacional de causante. Nuestro Derecho admite el reenvío de primer grado. El derecho extranjero tiene el tratamiento de hecho.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Málaga, absolvió a los demandados, hermano del testador y otra persona, frente a la pretensión de los hijos del mismo consistente en pedir la nulidad del testamento en el que tras exponer el testador que tiene dos hijos —los actores— no los excluye expresamente de la herencia e instituye heredero a su hermano y caso de premonición a los hijos de éste.

La sentencia de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia del Juzgado, declarando la nulidad del testamento en cuanto afecte a los bienes inmuebles sitos en España y perjudique los derechos de los dos hijos del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados respecto a la sentencia de la Audiencia, que casa y anula, confirmando la del Juzgado, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan los hechos.

La Audiencia, en el primero de los fundamentos, recoge esquemáticamente los hechos acreditados por la prueba y que conviene reproducir para el adecuado estudio del recurso:

A) Vicisitudes familiares del señor L.: 1.º Don J. A. L. era en vida ciudadano del Estado de Maryland, de los Estados Unidos de América, y residía en Málaga en una finca de su propiedad llamada «El Coronel»; estuvo casado con doña D. N., de la cual se divorció en 5 de julio de 1959; 2.º Parece ser que convivió con una española, doña P. S. de los H., de la que tuvo dos hijos: J. A. Jr., nacido en 4 de julio de 1956, y L., nacida en 10 de julio de 1959; 3.º En 21 de agosto de este último año, una vez obtenido el divorcio, el señor L. contrajo nuevo matrimonio civil en Gibraltar con doña P. S., madre de sus hijos; 4.º Tiempo después, el señor L. interpone demanda de nulidad de su matrimonio con doña P., pleito que es definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de julio de 1975, que confirma la declaración de nulidad del matrimonio, si bien conservando la esposa y los hijos todos sus

derechos; 5.º El señor L. contrae nuevo matrimonio con una subdita sueca llamada A. M. W. L., que tiene ya un hijo de otro matrimonio anterior; fallece ésta sin darle nueva descendencia, y el día 19 de junio de 1977 fallece en Londres el señor L.

B) Testamentos otorgados por el señor L.: 1.º En 5 de agosto de 1970, el señor L. otorga un testamento abierto ante el Notario de Málaga, señor Avila Pla, en el que instituye heredera universal a su esposa doña A. M. W. L. y revoca expresamente cualquier testamento anterior; 2.º En 20 de octubre de 1975, ante el mismo Notario, otorga otro testamento, del que no consta copia en las actuaciones, sino sólo la referencia del Registro Central de Últimas Voluntades; más, según la parte demandada, en dicho testamento, el señor L. instituye heredero de los bienes sitos en España al hijo de su difunta esposa, y en todo lo demás, a su hermano A. G. L.; 3.º En 4 de diciembre de 1975 otorga otro testamento en Baltimore (Maryland), en el que excluye expresamente de la herencia a sus hijos J. A. y L., mantiene como heredero de los bienes en España al hijo de su última esposa e instituye en todo lo demás a su referido hermano; 4.º En 3 de marzo de 1976, el señor L. otorga un último testamento ante el Notario de Málaga, señor Palacios Ruiz de Almodóvar, en el que expone que tiene dos hijos, pero no los excluye expresamente de la herencia, instituye heredero en todos sus bienes a su hermano Albert, y en caso de premoriencia a los hijos de éste, y revoca expresamente cualquier testamento anterior.

C) Actuaciones procesales posteriores a la muerte del señor L.: 1.º Muerto el señor L., su antigua esposa doña P. S. de los H. acude a un Tribunal de Baltimore en solicitud de que se le reconozcan sus derechos a la herencia como cónyuge superstite, y el Tribunal de Apelaciones del Estado de Maryland resuelve en definitiva negando a la señora S. los derechos invocados, por estimar que el matrimonio había sido declarado nulo y la esposa había comparecido voluntariamente en el pleito de nulidad; 2.º Doña P. y sus dos hijos promueven otro litigio en Baltimore para que se declare la nulidad del testamento otorgado en España en el año 1976 que revoca al anterior, pero el Tribunal testamentario americano entiende que son válidos y complementarios ambos testamentos; 3.º Fallecido el heredero instituido, don A. L., sus hijos, los hoy demandados, manifiestan la herencia ante el Notario de Madrid, don Aristónico García, y tras inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad la finca «El Coronel», promueven un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra sus primos J. A. y L., que ocupan la finca; éstos interponen entonces una querrela criminal contra aquéllos y contra otras personas, acusándolas de un supuesto delito de estafa procesal, lo que da origen a unas diligencias ante el Juzgado de Instrucción número 9 de los de Málaga, que son sobreseídas por auto de la Audiencia Provincial de 23 de octubre de 1985; 4.º Y en 27 de octubre de 1986, J. A. y L. interponen la demanda que da origen a estos autos, en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento otorgado por su padre en Málaga en el año 1976, por el que instituyó heredero a su hermano Albert y a sus descendientes, basándose en que, según la Ley del Estado de Maryland, la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

La Audiencia para declarar la nulidad de la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por don J. A. L. el día 3 de marzo de 1976, «en cuanto dicha institución afecte a bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes don J. A.

L. Jr. y doña L. L. S.», razona en síntesis; el causante era ciudadano de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció, y parte de los bienes relictos se hallan en España donde residen sus descendientes. La sucesión *prima facie* se regirá por la Ley nacional (art. 9.2 del Código Civil) del causante (estatuto personal), pero según la Ley de Maryland, respecto a bienes inmuebles la sucesión se rige por la *lex rei sitae*. La remisión al derecho extranjero, según el artículo 12 del Código Civil, «se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». De este precepto deduce la Audiencia que el Código, a partir de la reforma del título preliminar de 1974, admite el reenvío de primer grado y por ello ha de regirse la sucesión de los bienes sitos en España, según el Derecho español. Para conocer el derecho material de Maryland y sus normas de conflicto acudió la Audiencia, en uso del artículo 12, último párrafo, a la información de la Embajada de los Estados Unidos.

Sentado lo anterior, y producido el óbito del causante en 1977, su sucesión la decide con el texto del Código Civil que en sucesión es el fijado por Ley de 24 de abril de 1958.

Continúa la Audiencia, el análisis, interpretación y valoración de los testamentos, la mención de los hijos sin dejarles nada, tras invocar su libertad de testar como le corresponde por ser ciudadano americano, para llegar a la conclusión de que los hijos fueron desheredados sin expresión de causa y que ello produce, según el artículo 851 del Código Civil, la nulidad de la institución de heredero en cuanto perjudique a los demandantes, no la del testamento, y así lo declara tras razonar que no es incongruente lo concedido, pues es menos de lo pedido.

Los demandantes, hoy recurridos, están legitimados para demandar lo que les corresponda, según la Ley de la sucesión, puesto que tienen la condición de hijos matrimoniales del causante al no afectarles la nulidad del matrimonio de los padres, declarada por sentencia de esta Sala en la que explícitamente les reconoce derechos civiles inherentes a la filiación por aplicación del artículo 69 del texto vigente a la sazón del Código Civil.

Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir: «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» y el 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes... «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España».

El motivo primero, al amparo del número tercero del artículo 1.692, dice que la sentencia recurrida quebranta las normas que rigen los actos y garantías procesales y concretamente el artículo 340, al haberse ordenado la práctica de diligencia para mejor proveer suplantando la falta de diligencia de la parte recurrida, y habiéndose producido con ello indefensión a la parte recurrente.

Pone de manifiesto que la transgresión denunciada, cometida en la segunda instancia, no pudo ponerse de manifiesto, por lo que fue imposible la subsanación. A continuación razona que pedida la nulidad del testamento,

con apoyo en la Ley del Estado de Maryland y en el artículo 9.8 del Código Civil, conforme a los cuales entendían que la desheredación de los hijos tenía que expresarse en el testamento, los demandados limitaron su defensa a demostrar la libertad de testar existente en las leyes de Maryland. Sin embargo, la Audiencia solicita informe sobre el derecho sucesorio de aquel país, y con base en el mismo resuelve el litigio alterando la causa de pedir.

El motivo no puede ser estimado; mezcla dos cuestiones, la incongruencia de la sentencia y la infracción del artículo 340. La primera cuestión nada tiene que ver con la infracción del artículo 340 y ha sido objeto especialmente en otro motivo en el que se tratará.

La infracción del artículo 340 no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, la facultad concedida por el precepto al Tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo (ver STS de 20 de julio de 1993, 19 de octubre de 1992). Deben, efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes, pero en el caso de autos es donde se litiga sobre la sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias con documentos que no lograron llevar al Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el derecho extranjero, cuestiones de hecho (vid. Sentencia de 23 de octubre de 1992) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar (art. 1.7 del Código Civil), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 del Código Civil dice que «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Oportuna fue la providencia en la que con apoyo en el citado precepto, solicita de la Embajada de los Estados Unidos y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia español, informe sobre las normas de Derecho internacional privado o de conflicto aplicables en el Estado de Maryland en materia de sucesiones.

El motivo segundo por el cauce del número tercero del artículo 1.692, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio reguladoras de la sentencia, contenidas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido en incongruencia.

La incongruencia la razona diciendo que la demanda insta la nulidad del testamento porque ha desheredado a los hijos sin manifestar en el testamento su voluntad de desheredar, y tal manifestación no la realizó, antes al contrario, lejos de proceder a la desheredación en el propio testamento los vuelve a reconocer.

Frente a estos hechos, causa de pedir, la defensa de los demandados se contrae a demostrar que dicha norma alegada no existe, pero la Audiencia decide con apoyo en que la Ley rectora de la sucesión testamentaria era la Ley española, en lugar de la Ley de Maryland por aplicación de la regla *lex loci rei sitae*.

El motivo no se estima porque el litigio, aunque efectivamente versa sobre la nulidad del testamento por no contener las causas de desheredación exigidas por el derecho vigente en Maryland, y que corresponde al caso como Ley

nacional del causante (art. 9 del Código Civil), realmente lo que plantea es quién debe heredar los bienes inmuebles sitos en España. Para ello ha de conocerse el derecho extranjero y su contenido, y aunque el derecho extranjero deben alegarlo y probarlo las partes que sostienen su existencia y vigencia, es lo cierto que en el caso de autos, tras tantas vicisitudes procesales ocurridas en los dos países, puede llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba pesaba sobre ambos, dadas sus posturas antagónicas y alegaciones de normas y contranormas impeditivas del reconocimiento de los respectivos derechos patrimoniales. Y en todo caso, el uso del *iura novit curia*, una vez logrado el convencimiento de la existencia de la norma, no ha causado indefensión, ni tampoco se puede entender que sea incongruente limitar lo concedido a la nulidad de la institución de heredero (en lugar de la nulidad de testamento), puesto que conceder menos de lo pedido no está vedado por el principio de congruencia.

Por estos mismos razonamientos, se rechaza también el motivo tercero en el que plantea la misma cuestión (incongruencia, indefensión, quebrantamiento del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con apoyo en la Constitución, cuyo artículo 24 invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente, este último precepto autoriza a fundar los recursos en precepto constitucional infringido, pero no lo infringe el Tribunal que decide con respecto a las normas procesales, constitucionalmente correctas, y que como se ha dicho no han causado indefensión al ser aplicadas, que de haberse producido habrían dado lugar a la estimación de los anteriores motivos, sin necesidad de tomar en vano el nombre de la Constitución.

El motivo cuarto, por el número cuarto del artículo 1.692, denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el pleito, concretamente el artículo 12, apartado 6, último inciso, del Código Civil y jurisprudencia de la Sala contenida en las Sentencias de 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982 y 7 de septiembre de 1990.

Con arreglo a estas sentencias, razona, el derecho extranjero debe probarse «no sólo en su exacta entidad, sino también en el sentido y alcance de la interpretación asignados por los Tribunales de su país» (Sentencia de 30 de junio de 1962). La Sentencia de 28 de octubre de 1968, entiende que hubo prueba en el pleito que resolvió con certificación legalizada del Consulado de Cuba y aclaraciones de juristas cubanos. La Sentencia de 7 de septiembre de 1990, también recuerda que el derecho extranjero es cuestión de hecho que ha de alegarse y probarse, de suerte que su aplicación no suscite dudas. Criterio que reitera la Sentencia de 15 de marzo de 1984.

A continuación expone que no se trata de una cuestión de hecho, sino de la interpretación de una norma jurídica, cual es el artículo 12 del Código Civil, que fija los requisitos para invocar el derecho extranjero y que en el caso de autos ninguno de los documentos que ha utilizado la Audiencia para decidir, constituyen prueba de la existencia y vigencia del derecho norteamericano aplicado.

El motivo decae porque, efectivamente, el derecho extranjero tiene el tratamiento de hecho, y la afirmación por el Tribunal de su contenido y vigencia es una convicción lograda según reglas de la sana crítica, en uso de su función de apreciar las pruebas y su criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico o absurdo, y no tiene tales taras la afirmación hecha por la Sala de Instancia,

según la cual en Maryland existe una norma de conflictos según la cual la sucesión de sus ciudadanos se rige en materia de inmuebles por la *lex rei sitae*. Todo sin perjuicio de que dicha norma haya sido o no correctamente aplicada al presente caso; lo que no es cuestión a decidir en el presente motivo.

Las sentencias citadas, todas con doctrina absolutamente respetada, deciden, en sus respectivos casos, sobre la existencia y vigencia del derecho aplicable, pero ello no es óbice para que en el presente se haya determinado el derecho extranjero con las simples pruebas documentales de autos, tenidas como suficientes por la Audiencia.

El motivo quinto al amparo del número cuarto del artículo 1.692, sostiene que la Audiencia infringió la doctrina de los actos propios contenida, entre otras, en las Sentencias de 1967, 28 de febrero de 1974, 27 de diciembre de 1976, 5 de octubre de 1984 y 16 de octubre de 1987.

El cuerpo del motivo razona: si los actores, siempre reconocieron la validez del testamento, que han defendido incluso ante los Tribunales de Maryland, calificándolo de perfecto, válido y eficaz, sostener ahora lo contrario no lo permiten las sentencias indicadas.

La doctrina de los actos propios contenida en las sentencias citadas y en las más recientes de 18 de enero de 1990, 27 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 12 de abril de 1993, 26 de mayo de 1993, 9 de octubre de 1994, 10 de junio de 1994, etc., proclaman que los actos propios son aquéllos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Que los recurrentes cuya única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando una vez más los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en Maryland, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnan por ser en él desheredados sin expresión de causas.

Por estas razones el motivo peca.

El texto del artículo 12.2 del Código Civil dice literalmente: la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 del Código Civil declara: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la Ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la Ley del lugar donde están sitos, esta remisión sí que «debe tenerse en cuenta», pues así lo exige el texto del artículo 12.2.

La frase «tener en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en

el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 del Código Civil, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el Derecho español es el 9.8, y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El Derecho español entiende preponderante la Ley nacional del *de cuius*; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.

A ello se puede añadir que la defensa de derechos legitimarios, hecha por los actores con apoyo en el Derecho español, no necesariamente ha de tener contenido real y, en consecuencia, no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. Consecuencia de lo anterior es que debe prosperar el último de los motivos en el que por el cauce del número cuarto del artículo 1.692, se denuncia la infracción de los artículos 9.1 y 8 y el 12, apartado segundo, del Código Civil, con apoyo en los cuales se ha entendido nula la institución de heredero «en cuanto perjudique los derechos legitimarios de los hijos» del causante, a los que la Audiencia les ampara con el artículo 851 del Código Civil. La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno.

FIDEICOMISO DE RESIDUO. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Los fideicomisarios traen causa del fideicomitente y son terceros respecto al documento privado otorgado por el fiduciario.

Dispuesto por el testador un fideicomiso de residuo —en los que ambas partes están conformes— se cuestiona la validez frente a los fideicomisarios de la compraventa de la participación indivisa de una finca comprendida en el fideicomiso efectuada en documento privado por el apoderado de la fiduciaria en vida de ésta y que, una vez fallecida, fue vendida por sus herederos en escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón declaró la validez del contrato privado de compraventa y extinguido el fideicomiso de residuo en cuanto a la finca en cuestión. Apelada la sentencia por la parte actora, la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Asturias revocó la sentencia del

Juzgado. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temas, declara no haber lugar al recurso de casación por los siguientes fundamentos.

La cuestión litigiosa se centra, en el presente recurso de casación, en la existencia de un fideicomiso de residuo y en la validez o ineficacia del contrato de compraventa otorgado en documento privado por el apoderado de la fiduciaria. En efecto, tal como señala la Audiencia, nadie discute que en testamento otorgado por don O. D. G., en 22 de junio de 1954, se ordena, en su cláusula tercera, un fideicomiso de residuo en favor de los siete hermanos V. D., demandantes, comprensivo de la mitad de los bienes que el testador había comprado, en unión de su hermano Alejandro, a su también hermana doña María (madre de los citados actores), es decir, un 25 por 100 de la totalidad de dichos bienes, para el caso de que la heredera fiduciaria designada en el testamento, su esposa doña G. S. C. no hubiera dispuesto por actos *inter vivos* de los referidos bienes. Al no discutirse la pertenencia a los fideicomisarios de la denominada finca b) del hecho segundo de la demanda, la discusión se centra en la finca a), la número 10.083 del Registro de la Propiedad número 5 de Gijón, que los fideicomisarios entienden comprendida en el fideicomiso *de eo quod supererit*, al no haberse enajenado en vida de doña G. S., y los demandados haber sido vendida válidamente en documento privado el 9 de junio de 1987 por su apoderado don P. P. A. (doña G. falleció el 21 de octubre de 1987 y el poder lo había otorgado en 17 de marzo de 1987), ocurriendo que las herederas de doña G., las codemandadas doña A. S. C. y doña L. P. S. aparecen vendiendo la misma finca por escritura pública de 17 de marzo de 1988.

Ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario, lo que quiere decir, para el caso que nos ocupa, que dichos herederos fideicomisarios tienen la cualidad de terceros respecto del contrato otorgado en documento privado por el apoderado de doña G. en 9 de junio de 1987, de donde resulta serles de aplicación el principio de prueba legal o tasada contenido en el artículo 1.227 del Código Civil en cuanto establece que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio», de manera que, con independencia de su contenido, su fecha no tendrá efecto hasta la muerte de doña G., lo que priva de eficacia al documento privado de 9 de junio de 1987 frente a ellos, y tampoco la tendrá la escritura pública de 17 de marzo de 1988, otorgada por sus herederos, máxime cuando la Audiencia deja sentado que la certeza de la fecha tampoco queda acreditada por actos inequívocos «que permitan inferir sin género alguno de duda la fecha real del documento», al no tener tal carácter ni un expediente de liberación de cargas, ni el depósito en oficina bancaria de un pagaré a nombre de doña G., ni la retirada de su importe después de su fallecimiento por su apoderado y uno de los vendedores, lo que incluso significaba el incumplimiento de la cláusula 5.^a del documento privado, a lo que añade que tampoco existió la *traditio* (título y modo: arts. 609 y 1.095 del Código Civil), pues «la Sala no estima acreditado ese cambio de posesión, al menos antes del fallecimiento de doña G.», negando también el carácter de actos inequívocos de posesión dominical a las gestiones realizadas ante el Ayuntamiento para obtener el estudio de detalle de la parcela y a la elaboración de un proyecto constructivo,

a todo lo cual añade: el aplazamiento de efectos del contrato (cláusula 6.^a); que los documentos privados no se elevaron a escritura pública; que las codemandadas doña A. S. C. y doña L. P. S., herederas de la presunta vendedora doña G., «reconocen tácitamente la inexistencia o ineficacia de los aludidos documentos privados (uno firmado sólo por los vendedores, otro sólo por los compradores; unos con un precio, otros con otro)..., al efectuar la declaración de bienes heredados a efectos de la liquidación del impuesto accesorio», incluyendo las particiones de las fincas litigiosas; que igual inclusión realizan en la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de 17 de marzo de 1988, que por ello aparecen actuando en nombre propio en la escritura pública de venta, también de 17 de marzo de 1988, «que no es la elevación a público del documento privado de 9 de junio de 1987»; y, en fin, que la inoperancia de dicho documento privado se reconoce en la confesión de los vendedores-demandados don P. D. C., don J. y doña R. F. D., admitiendo los codemandados don A. A. P. y don E. G. G. «que nunca llegaron a adquirir la propiedad de participación alguna de la finca litigiosa, cuya mitad indivisa perteneció a doña G. S. C. hasta la fecha de su fallecimiento acaecido el 21 de octubre de 1987». Por todo ello concluye la Audiencia que los documentos privados de venta en nombre de doña G. no llegaron a tener efectividad y que las participaciones aludidas forman parte del fideicomiso de residuo en favor de los demandantes.

Comentario.—La sentencia, en bien técnica, evita cuidadosamente decir que los fideicomisarios *suceden* al fideicomitente o son herederos de éste, empleando el término «traen causa», porque, en efecto, según la opinión actualmente predominante, el fideicomisario no es un heredero en el sentido que lo es el fiduciario, sino que es sólo un adquirente del remanente hereditario resultante de la liquidación de la herencia y, en su caso, de los actos dispositivos realizados por el fiduciario en el fideicomiso de residuo. Y ello porque el fenómeno sucesorio se realiza una sola vez respecto a cada causante. Pero si no es sucesor, sí trae causa directa del fideicomitente. Su posición puede así equipararse a la del legatario de una universalidad o a la del legatario de parte alicuota.

F. C. L.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ M.^a CORRAL GILÓN, BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ,
MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

(Departamento de Derecho Civil UNED. Dirección: Prof. Lasarte)

CULPA EXTRACONTRACTUAL «IN VIGILANDO», CONCURRIENDO NEGLIGENCIA DEL DAÑADO. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se ejercita la acción de resarcimiento de daños basada en el artículo 1.902 Código Civil por parte de un operario contra la empresa «Electrificaciones ALPA, S. A.», por las lesiones sufridas en el trabajo de realizar un empalme que se le ordenó, sufriendo una descarga eléctrica con caída al suelo desde la escalera en que trabajaba, lo que le ocasionó incapacidad total para su trabajo habitual. Se culpaba a la empresa de no haber tomado las precauciones necesarias, como la elemental de haber cortado previamente la corriente, si bien es cierto que por parte del trabajador se omitió la precaución de sujetarse al cinturón de seguridad y emplear el casco de goma.

Quizá basándose en la concurrencia de esta negligencia de la víctima, el Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda de veinte millones de pesetas que se pedían. Pero la Audiencia Provincial de Zaragoza, teniendo en cuenta la culpa *in vigilando* de la empresa, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda, rebajando los veinte millones pedidos a una indemnización de 7.808.000 pesetas.

Recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo confirma el fallo en unos fundamentos jurídicos que recogen como inicial la culpa *in vigilando* patente de la empresa, pero se tiene en cuenta la concurrencia de la omisión negligente de la víctima, que tampoco adoptó las medidas normales de precaución, por lo que se lleva a cabo una distribución proporcional del *quantum* de la indemnización, efectuándose una valoración correcta del instituto compensatorio.

INDEMNIZACION POR INVALIDEZ A LA EMPRESA EMPLEADORA Y A LA SOCIEDAD ASEGURADORA. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

Los fallos de Instancia son estimatorios de la demanda, por no existir duda sobre los hechos. Con ocasión de prestar sus servicios la demandante en dependencias de una sociedad deportiva en Tolosa, un accidente le ocasionó heridas en una pierna, que dieron lugar a invalidez.

Presentada demanda ante el Juzgado de 1.^a Instancia de dicha localidad, en petición de una indemnización de 8.534.000 pesetas, se estima el *petitum*, del que deben responder conjunta y solidariamente la empresa empleadora y una sociedad de seguros con la que existía una póliza que cubría accidentes. La sentencia se confirma íntegramente por la Audiencia Provincial de San Sebastián.

La sociedad aseguradora interpone recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.089, 1.091 y 1.281 del Código Civil y disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro. Se discute en el recurso tan sólo la cuantía de la indemnización en virtud de las cláusulas del contrato de seguro, pues el fondo y la procedencia son claros.

Así, se estima el recurso parcialmente, rebajando tan sólo en 154.000 pesetas la indemnización, que de 8.534.000 pesetas fijadas inicialmente, quedan en 8.380.000 pesetas (poco resultado para tanto empeño). Lo importante es que se reconoce la culpa extracontractual, incluso con responsabilidad objetiva, de la empresa, aunque se traspase a la sociedad de seguros, ya con vínculo contractual.

NO PROCEDE INDEMNIZACIÓN CUANDO LOS MÉDICOS HAN ACTUADO CON ARREGLO A LAS NORMAS DE LA «LEX ARTIS», AUNQUE NO SE OBTENGA EL RESULTADO PRETENDIDO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1997.)

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

Doña Yolanda A. F. demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Oviedo al INSALUD y a varios médicos de su plantilla porque, después de haberse sometido a una operación de ligadura de trompas tubárica, resultó embarazada de su sexto hijo, por lo que reclama una indemnización, entendiéndose que la intervención médica fue defectuosa.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, lo que quedó confirmado en la apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo.

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima porque de los hechos probados resulta claramente que la intervención médica fue correcta, siguiéndose escrupulosamente la *lex artis*; después, la propia naturaleza tiende a restablecer la normalidad funcional de los órganos ligados. Por ello debe descartarse toda responsabilidad objetiva, quedando a cargo de la paciente la prueba de la culpa y el nexo causal.

La Sala insiste en su doctrina de que la responsabilidad médica es de medios, y no de resultados, al incidir en éstos la propia naturaleza humana. Se desestima la casación, con condena en costas.

PETICIÓN ADELANTADA DE INDEMNIZACIÓN A SOCIEDADES DE SEGUROS. NO SE ADMITE PORQUE AUN NO HA RECAÍDO SENTENCIA DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

La sociedad IMASA, que había aceptado un subcontrato de ejecución de desmontaje, demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Aviles a varias compañías con las que tenía contratada una póliza de seguro de accidentes, pidiendo que se declare la obligación de pagar por dichas aseguradoras la indemnización a que en su día fuese condenada la demandante, si ésta se acordase en procedimientos en actuación ante Juzgados de Alcalá de Guadaira.

Dicho Juzgado de 1.ª Instancia desestima la demanda por falta de legitimación *ad causam*, por no existir tales fallos condenatorios que se alegan, y se confirma la desestimación en la Audiencia Provincial de Oviedo.

El Tribunal Supremo confirma las sentencias de Instancia porque al presentarse la demanda no existe aún controversia alguna frente a las aseguradoras. Lo que se pretende no es la adopción de medidas cautelares, sino la condena a dichas aseguradoras al pago de las cantidades a que pudiera resultar condenada en su día la actora, lo cual carece de toda finalidad conservativa del derecho a que se refiere el alegado artículo 1.121 Código Civil.

Por ello se desestima el recurso de casación y se condena en costas.

INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA. VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

Ante el Juzgado de 1.^a Instancia de Cervera del Pisuerga, don Federico C. M. y su esposa demandan a una sociedad y al ingeniero que dirigía la explotación minera para que solidariamente o «cualquiera de ellos», abonen diecisiete millones de pesetas, «o la cantidad que el juzgador estime conveniente», por el accidente sufrido por un hijo de los demandantes, basándose en los artículos 1.902, 1.903, 1.101, 1.102 y 1.103 Código Civil.

El Juzgado, sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda «por defecto en la legitimación activa», pero la Audiencia Provincial de Palencia, en apelación, dictó sentencia en la que absolvía al Ingeniero, pero condenaba a la Sociedad minera demandada a que abonase a los demandantes diez millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Los demandantes recurren en casación por dos motivos: el primero, por no haber condenado al Ingeniero, pero se rechaza porque en el *petitum* de la demanda se pedía la condena solidaria o de cualquiera de los demandados, por lo que sería ir contra los actos propios. El segundo, que insiste en la indemnización por diecisiete millones de pesetas, tampoco se estima, ya que en la demanda se suplicaba la cantidad «que el juzgador estime conveniente». Por ello, se desestima la casación, con condena en costas.

J. M. C. G.

ACCIDENTE FERROVIARIO. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. NO HAY RESPONSABILIDAD DE LA RENFE POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.
(SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia de Burgo de Osma en Sentencia de 5 de mayo de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Soria en Sentencia de 28 de julio de 1993 revoca la anterior y estima parcialmente el recurso de apelación. Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La presente sentencia enjuicia un accidente ferroviario en el que el maquinista de la RENFE observa a 700 metros de distancia la presencia de un tractor que cruza la vía sin detenerse, viendo que detrás del mismo circula una cosechadora, por lo que procede a realizar las preceptivas señales acústicas, haciendo sonar el silbato advirtiendo su paso, y disminuyendo la velocidad de 50 km/h a 40 km/h, no habiendo establecido la consigna de RENFE la obligación de parada en ese punto. En ese momento la cosechadora se detiene antes de atravesar la señal de stop, pero posteriormente cuando el convoy se halla a 50 metros de la cosechadora inicia inopinadamente la marcha, cruzando el paso a nivel, produciéndose entonces la colisión que tiene como resultado el fallecimiento del conductor de la misma.

Doctrina de la sentencia.—Se estima el recurso de casación interpuesto por la RENFE por considerar que la culpa de la víctima es la única causa del accidente. La sentencia comentada afirma que los hechos postulados en la primera resolución, no contradichos por la segunda, ponen de manifiesto que la conducta del maquinista fue diligente habida cuenta de que «cuando vio la cosechadora a 700 metros de distancia y asimismo apreció como se paraba en la señal de stop, no cabe exigirle grado más exquisito de prudencia, al haber

adoptado aquellas medidas de prudencia en estos pasos a nivel determinados como los que se adoptó y se han relatado, por lo cual declarada la inexistencia de imprudencia, o falta de diligencia por parte del conductor, y sí, naturalmente la atribución de dicha falta de diligencia o imprudencia a la propia víctima (que es —se repite— la que tras su parada al apercibirse de la llegada del tren, inicia de pronto la marcha, produciéndose ya la inevitable colisión), a este debe atribuirse la exclusiva causa del siniestro».

Nota.—En este caso falta uno de los presupuestos para que nazca la obligación de reparar el daño causado, cual es la relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado. Así lo apreció la Sentencia dictada en Primera Instancia en la que se declara que el maquinista no pudo prever y evitar el accidente pues el perjudicado con su conducta de pararse previamente ante el stop indujo a error a aquél, haciéndole creer que no iniciaría la marcha en tanto el tren no hubiese cruzado el paso a nivel. La Audiencia Provincial modifica parcialmente la calificación jurídica de los hechos apreciando concurrencia de culpas y de acuerdo con la cual modera el *quantum* de la indemnización solicitada por la actora. Para la misma el criterio decisivo es que el agente debió prever la situación de peligro y adoptar las medidas que el caso requería.

Desde hace tiempo la jurisprudencia para determinar el nivel de diligencia exigible aplica a la responsabilidad extracontractual la teoría de la culpa contractual recogida en el artículo 1.104 del Código Civil. A tenor de dicho precepto la diligencia requerida se determina en función de la naturaleza de la actividad desarrollada por el agente y de las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar. La cuestión es determinar el criterio a seguir para juzgar si hay o no previsibilidad como elemento caracterizador de la culpa, pues la extensión de la misma es amplísima. El Juzgado de Primera Instancia toma como patrón «la actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias del caso» y cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1983 y de 16 de febrero de 1988. Del mismo modo el Tribunal Supremo opina que «la diligencia y precauciones adoptadas fueron las normales en circunstancias análogas». Sin embargo, la Audiencia Provincial sostiene que, aunque el conductor del tren cumplió las precauciones exigidas por las disposiciones reglamentarias, debió prever que la cosechadora podría cruzar el paso a nivel de la misma forma que lo hizo el tractor, y en consecuencia debió proceder a la detención del tren para asegurarse totalmente de que el resultado lesivo no se produciría. Parece, por tanto, que aquella realiza una aplicación más estricta del artículo 1.104 del Código Civil al extremar el rigor de la diligencia requerida y apreciar que el resultado dañoso se produjo por que el agente no llegó al agotamiento máximo de la diligencia, de modo que faltó algo por prever. El Tribunal Supremo corrige esta interpretación declarando irreprochable la conducta del maquinista.

ACCIDENTE FERROVIARIO. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. COMPUTO DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL FIRME. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número 62 de Madrid, en Sentencia con fecha de 16 de julio de 1992 desestima la demanda estimando la excepción de prescripción alegada por el demandado. La Audiencia Provincial en Sentencias de 1 de febrero de 1994 confirma la primera resolución. No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La sentencia contempla un caso de accidente ferroviario en que resulta muerto el hijo de los demandantes al ser arrollado por un tren de RENFE. Por los hechos se siguieron actuaciones penales de un juicio de faltas que terminó en sentencia firme absolutoria, dictada en apelación con fecha de 21 de mayo de 1990 y notificada el día 25 del citado mes. La demanda que inició el pleito fue presentada el 25 de marzo de 1992.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso de casación, formulada al amparo del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 1.698. 2.º del Código Civil y del artículo 24.1 de la Constitución, se desestima porque no es de recibo el argumento de la recurrente de que no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año en base a que la providencia que decretó el archivo del proceso, dictada el 4 de julio de 1990, nunca fue notificada a la misma, no produciendo, por tanto, la terminación definitiva de las actuaciones penales. La acción civil del artículo 1.902 del Código Civil pudo ser ejercitada desde el día siguiente a aquél en que se notificó la sentencia penal firme, el 25 de mayo de 1990, y al haberse presentado la demanda el 25 de marzo de 1992, se ha rebasado con creces el plazo de un año que concede el citado precepto. Precisa la sentencia que «El criterio subjetivista de la notificación resulta dotado de más intensidad legal y acomodo al artículo 1.968. 2.º, y es el seguido por la jurisprudencia más reciente de esta Sala de Casación Civil (Sentencia de 24 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1994)».

Nota.—Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que en caso de existencia de previa causa criminal, impeditiva de la acción civil (art. 3 y 114 LECr), el criterio específico del artículo 1.968. 2.º del Código Civil, conforme al cual la pretensión de indemnización de daños derivada del acto ilícito está sometida a un plazo especial de prescripción de un año desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño, debe ser completada con la norma general del artículo 1.969, que determina que el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. La presente resolución acoge el criterio sentado por la jurisprudencia más reciente según el cual la acción penal está pendiente en tanto no se publica, notifica y gana firmeza la sentencia penal. La aplicación de dicho criterio al supuesto de la sentencia plantea las siguientes consideraciones:

1.^a El momento de la firmeza de la sentencia será distinto según que contra la misma proceda o no recurso. En este caso la sentencia dictada por la Audiencia Provincial nació firme, pues al tratarse de una resolución dictada en apelación de un juicio de faltas no es susceptible de casación.

2.^a Por tanto, el *dies a quo* del plazo para ejercitar la acción del artículo 1.902 del Código Civil será el de la notificación de la sentencia penal firme. Para el Tribunal Supremo ésta es la solución más conforme con el artículo 1.968. 2.º del Código Civil dado que es a partir de dicha notificación cuando se alcanza pleno conocimiento de la transcendencia y efectos jurídicos del daño.

3.^a En definitiva carece de sentido supeditar el ejercicio de la acción civil a la notificación de la providencia, subsiguiente a la sentencia penal firme, que decreta el archivo de las actuaciones; la misma pudo ser ejercitada eficazmente desde que se tuvo conocimiento de la sentencia absolutoria.

ACCIDENTE FERROVIARIO. CONCURRENCIA DE CULPAS. CULPA OMISIVA DE LA RENFE. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid en Sentencia, con fecha de 11 de junio de 1991 desestima la demanda apreciando culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11) la revoca y en Sentencia con fecha de 8 de junio de 1993 estima parcialmente la demanda aplicando la doctrina de la concurrencia de culpas, en el sentido exclusivo de condenar a RENFE a pagar a la actora diecisiete millones de pesetas de los veinte que había solicitado. No prospera el recurso de casación interpuesto por la RENFE.

Hechos.—Se contempla un caso de atropello que se produce en la estación de Chamartín después de que la víctima se apea en el andén adyacente a la vía número 11 y, en vez de dirigirse atravesando las otras vías hasta el edificio de la estación por el paso elevado existente para viandantes, cruza la vía número 11 por un paso a nivel para dirigirse a salida no cercada situada al otro lado de la estación, que es frecuentemente utilizada por los viajeros como atajo para acceder a la población. Es entonces cuando la víctima es arrollada por un tren produciéndose su fallecimiento. El conductor del tren conducía a velocidad permitida e hizo sonar el silbato y paró inmediatamente. En la época del accidente no existía paso elevado o subterráneo al que se pudiera acceder directamente por escaleras desde el andén en que se apeó la fallecida.

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia mantiene la responsabilidad de la RENFE y proclama el acierto de la Audiencia declarando que «La culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia puntualizado en el inciso final del artículo 1.104 del Código (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996). Es necesario por ello que no se agraven los riesgos que acompañan las maniobras de entrada y salida de los trenes en las estaciones facilitando al usuario por medio de las obras precisas y convenientes su circulación peatonal con pasos elevados o subterráneos próximos que no supongan incomodidades anejas para su libre entrada y salida tomando en consideración la densidad del tráfico y las aglomeraciones previsibles, actuación que se completa impidiendo, mediante los cerramientos adecuados o colocando los obstáculos disuasorios convenientes, atajos habituales en condiciones de inseguridad que determinan un estado de negligencia omisiva altamente peligrosa por lo que no es de extrañar que se produzcan accidentes como el ocurrido que, en otras condiciones podría haberse evitado».

Nota.—En la presente resolución no se pone en duda la conducta descuidada y negligente de la víctima, que llega ya valorada al Tribunal Supremo, pues la misma fue tenida en cuenta por la Audiencia para aminorar la cuantía de la indemnización solicitada hasta donde consideró que llegó la culpa del perjudicado. De los veinte millones solicitados en la demanda se conceden diecisiete. Dicho dato pone de manifiesto que la Audiencia Provincial considera como causa preponderante del óbito la culpa omisiva de la RENFE (lo que contrasta con la Sentencia de Primera Instancia que atribuya la culpa exclusiva a la víctima). La misma valoración realiza el Tribunal Supremo cuando afirma que «La causa de tal siniestro en el orden de la relevancia del origen de lo acontecido, ha de encontrarse —necesariamente— en la posibilidad ofrecida por la RENFE de acceder a la zona habitada por tal lugar. El siniestro vino determinado por la omisión de las precauciones exigidas por las circunstancias de tiempo y lugar del acaecimiento, al existir pasos de peatones sobre varias vías férreas en vez del actual acceso por escaleras a un paso elevado por cada uno de los andenes». Por tanto, fue la RENFE la que con su conducta omisiva puso las condiciones necesarias para que la víctima se comportara imprudentemente.

La sentencia aplica la «doctrina del riesgo», ya consolidada en la jurisprudencia (se citan las Sentencias 22 de abril, 17 de julio y 7 de diciembre de 1987, 25 de febrero de 1992 y 27 de septiembre de 1993) y que ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Una de sus características es la elevación del grado de la diligencia exigible, especialmente en aquellas actividades generadoras de riesgos. Ello se consigue mediante la aplicación rigurosa del artículo 1.104 del Código Civil, que regula la culpa contractual, al ámbito de la responsabilidad extracontractual. Conforme a dicho precepto la diligencia precisa vendrá por la naturaleza de la actividad desarrollada y las circunstancias del caso. Por tanto, la imputación del resultado a la RENFE tiene su fundamento en la agravación del riesgo que de por sí conlleva el tráfico ferroviario. Pesa sobre la RENFE el deber jurídico de adoptar las precauciones necesarias para evitar el incremento de tal peligro.

ACCIDENTE FERROVIARIO. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CULPA OMISIVA DE LA RENFE. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1997.)

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

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga en Sentencia, con fecha de 1 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda, aplicando la doctrina de la concurrencia de culpas, y condena a RENFE a que pague a los demandantes una indemnización total de seis millones de pesetas de los dieciséis solicitados por aquéllos. La Audiencia Provincial en Sentencia con fecha de 9 de julio de 1993 desestima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación interpuesto por la RENFE.

Hechos.—En el presente supuesto se trata de un atropello que se produce cuando el fallecido caminaba por una zona de las vías férreas, no accesible ni transitable por personal no autorizado, a la que había accedido por una parte derribada del muro a fin de acortar el camino para llegar a su vivienda (cosa que también se venía realizando por otras personas). En ese momento un tren perteneciente a la RENFE arrolló a la víctima y la causó la muerte. No consta

que se colocase algún tipo de señalización o de vallas, cintas o similares a fin de impedir siquiera provisionalmente el paso.

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, de tiempo y lugar. Es necesario por ello que no se agraven los riesgos que acompañan a las maniobras y el tráfico ordinario de los ferrocarriles, de por sí peligrosas y con resultados dañosos previsibles y evitables. El tipo concreto que se da en éste, y en tantos otros casos, es la culpa omisiva, consistente en la falta de adopción de las medidas necesarias para adoptar los perjuicios previsibles con facilidad.

Nota.—La presente resolución sigue la nueva tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual que se caracteriza por una cierta objetivación de la culpa y la elevación del grado de diligencia exigible en virtud de la aplicación del artículo 1.104 del Código Civil que regula la culpa contractual. La Sentencia se remite expesamente a la de 7 de julio de 1997 (que anteriormente hemos comentado), aplicando la misma doctrina, dada la similitud de los supuestos que contemplan.

ACCIDENTE FERROVIARIO. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Marina Martínez-Prado.

Los padres y hermanos del fallecido interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la RENFE y el conductor del tren, solicitando que se condene solidariamente a los demandados a abonar la cantidad de veinte millones de pesetas a los padres y cinco millones de pesetas al hermano de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Burgos en Sentencia con fecha de 3 de diciembre de 1992 estima parcialmente la demanda, al apreciar concurrencia de culpas que da lugar a la moderación de la indemnización total solicitada a la cuantía de nueve millones de pesetas, condenando a la RENFE y al maquinista a abonar solidariamente dicha suma. La Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia con fecha de 1 de septiembre de 1993 confirma la anterior resolución salvo en el particular referente al *quantum* indemnizatorio a percibir por los demandados, que se revoca, para fijarlo en siete millones de pesetas. No prospera el recurso de casación interpuesto por la actora.

Hechos.—Fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes al ser atropellado por un tren de la RENFE.

Doctrina de la Sentencia.—Se alegan por la recurrente dos motivos de casación subdividiendo cada uno en tres apartados. Aquí nos atañe analizar los apartados primero y tercero del segundo motivo que tiene como rúbrica «conceptos indemnizatorios de daños y perjuicios». En el apartado primero se

denuncia, por el cauce del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la incongruencia de la sentencia con infracción del artículo 359 del mismo cuerpo legal. En el mismo se argumenta que siendo varios los agravados, a quienes se ocasiona un perjuicio patrimonial de graduación distinta, se piden en la demanda perfectamente desglosadas, la cantidad de diez millones para cada progenitor y cinco para el hermano del fallecido. Sin embargo, la Sentencia recurrida fija una cantidad global sin realizar desglose alguno causando indefensión. La resolución rechaza el motivo por que ni se incurre en incongruencia ni se produce indefensión por la fijación de una cantidad global pues fácilmente puede deducirse, por comparación con el total solicitado, la proporción que a cada perjudicado corresponde mediante una sencilla operación matemática.

El submotivo tercero, formulado al amparo del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 1.116 y 1.902 del Código Civil y de la doctrina legal conforme a la cual cabe impugnar en casación los parámetros tenidos en cuenta para fijar las indemnizaciones. Tampoco prospera este motivo toda vez que, dichos conceptos, al no estar reglamentados, corresponde fijarlos al Tribunal de Instancia de acuerdo con su ponderado arbitrio. Además no se puede olvidar que la moderación de la indemnización es consecuencia necesaria de la calificación de concurrencia de culpas.

B. F. G.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CULPA OMISIVA. NEXO CAUSAL CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

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

El Juzgado de Primera Instancia de San toña, dictó Sentencia con fecha 30 de abril de 1992, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la representación de la parte demandada Construcciones Francisco Albo, S. L. y estimando parcialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de don Manuel Cieza Quintana y condenó a la Entidad Construcciones Francisco Albo, S. L. a abonar la cantidad de veinticinco millones de pesetas (25.000.000) e intereses legales correspondientes, y absolvió a la codemandada Cristalerías Conde de las pretensiones contra ellas formuladas. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 2.ª) dictó Sentencia el 24 de mayo de 1993 desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a la vez recurrente Construcciones Francisco Albo, S. L., confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida, haciendo expresa imposición de las costas procesales devengadas en la alzada a la entidad demandada y a la vez recurrente.

Se declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—El demandante don Manuel Cieza Quintana, con la representación con la que intervino, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, contra «Construcciones Francisco Albo, S. L.» y contra «Cristalería Conde» solicitando condenara a los demandados al pago de una indemnización de 25.000.000 pesetas. por los perjuicios causados y al pago de las costas del pleito dada su temeridad y mala fe.

La acción ejercitada y los hechos de los que parten las sentencias, que se mantienen en casación, son: El propietario de un inmueble, que no ha sido parte en el proceso, Sr. Cubillas, celebró contrato de obra, consistente en una edificación, con «Construcciones Beranga, S. A.», que tampoco ha sido parte. En un determinado momento de la obra ésta subcontrató la ejecución de la misma con la demandada «Construcciones Francisco Albo, S. L.» (recurrente en casación), ésta a su vez subcontrató a «Cristales Conde» cuyo titular don José Manuel Conde Portilla (que ha sido demandado y absuelto de la demanda) la adquisición y colocación de doce cristales IPL cuya factura total de ello la pagó efectivamente «Construcciones Francisco Albo, S. L.». «Cristales Conde» subcontrató la colocación de los cristales al empresario autónomo, don Manuel Cieza Quintana, demandante y recurrido en casación. Cuando este último colocó efectivamente los cristales, la obra estaba parada y cuando se cerró anteriormente se eliminaron las medidas de seguridad exteriores. El control total y directo de la obra era de «Construcciones Francisco Albo, S. L.». En la misma quedó un agujero rectangular de 150 centímetros de largo por 60 centímetros de ancho, aproximadamente, que era un respiradero de chimenea, que carecía de protección ni señalización alguna. Don Manuel Cieza Quintana, al cumplir su cometido de colocar los cristales, cayó por este agujero y sufrió un síndrome de lesión medular constitutivo de paraplejía, así como otras graves secuelas, tales como vejiga e intestino neurológico, alteraciones en su función sexual, infecciones urinarias y otras, que han dado lugar a la declaración de gran invalidez.

La condena por las sentencias de instancia a «Construcciones Francisco Albo, S. L.» incardinada en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, se produjo por estimarse que se omitieron las más elementales medidas de seguridad establecidas en el artículo 21 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971 que señalan la obligación de que las aperturas de los pisos estén protegidas con barandillas y rodapiés, que las aperturas para escotillas, pozos y trampas tengan protección fija por dos de los lados, y móviles por los dos restantes, y que las aperturas de pisos de poco uso podrán estar protegidas por una cubierta móvil que gire sobre bisagras al ras del suelo, en cuyo caso, siempre que la cubierta no esté colocada, la apertura estará protegida por barandilla portátil, asimismo se da por acreditado que la causa eficiente del suceso fue la omisión por la misma entidad —a través de sus empleados— de tales medidas precautorias y de seguridad.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el único motivo de casación alegado, siendo la idea básica la calificación jurídica de los hechos que las sentencias de instancia han realizado invocando la infracción de la norma contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, negando la parte recurrente dicha calificación e insistiendo en su falta de legitimación pasiva, como *legitimatío ad causam* atinente al fondo.

Se fundamenta la resolución y se desestima el motivo al estimar que concurren todos los elementos de la responsabilidad extracontractual siendo correcta la aplicación de las sentencias de instancia del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 1.089, último inciso. Los elementos de dicha responsabilidad son como se señala, y como ha dicho reiterada jurisprudencia, la culpa extracontractual, que requiere, en punto a su apreciación, acreditar la existencia de un resultado dañoso, la relación de causa a efecto

entre la actividad dañosa y el daño causado, y la realidad de éste. En cuanto a la culpabilidad, por más que la Sala, se dice, tiende progresivamente a su objetivación, desplazando la culpa individual a la responsabilidad por riesgo, como dicen las Sentencias de 18 de marzo de 1993, 10 de marzo de 1994, 15 de febrero de 1995, entre otras, queda acreditada en el caso la falta de diligencia y de las más elementales previsiones al dejar abierto el agujero sin medidas precautorias, es decir, una clara culpa omisiva.

COMENTARIO.—Se observa que a pesar de la objetivación de la culpabilidad que jurisprudencialmente se ha reconocido en la presente sentencia y en las de fecha de 18 de marzo de 1993, 10 de marzo de 1994 y 15 de febrero de 1995, cuando se produce una falta de diligencia con una clara culpa omisiva, se dan plenamente en esta conducta los requisitos que conforman la responsabilidad civil extracontractual, que no es más que la obligación de resarcir un daño no determinado ni por la ley, ni por contrato, ni por la comisión de un delito, en la que se dan los siguientes elementos: Obligación no tipificada en la Ley, obligación no pactada mediante contrato, obligación no nacida de acto o negocio jurídico de voluntad, aunque ésta sea unilateral, obligación derivada de acto «lícito» que causa daño a tercero y obligación de finalidad indemnizatoria, no punitiva.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. REBELDÍA DEMANDADOS. MOMENTO IMPROCEDENTE PARA ALEGAR INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. PRETENDIDA INCONGRUENCIA. ARTICULO 1.902. «QUANTUM INDEMNIZATORIO». NO CONCURRENCIA CULPAS. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Tames.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sabadell, dictó Sentencia el 7 de enero de 1992 estimando íntegramente la demanda interpuesta en nombre y representación de Elena Ametler Pascual y condenó al demandado J. J. C. E. y D. O. N. y la Cía de seguros Aegón, declarados en rebeldía, al haber transcurrido el termino del emplazamiento sin haber comparecido, al pago solidario a la demandante de la cantidad de 12.600.000 pesetas más los intereses legales producido desde la fecha de interposición de la demanda, condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas en el procedimiento.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) dictó Sentencia el 29 de mayo de 1993 desestimando el recurso de apelación, revocando parcialmente la resolución del Juzgado de la Instancia y estimando íntegramente la demanda promovida por Elena Ametler Pascual condenó a los demandados a que abonen la totalidad de la cantidad reclamada ascendente a la cantidad de 24.500.000 pesetas, más los intereses legales de dicha sumas desde la interposición judicial, y con expresa imposición de las costas de primera instancia y de la *alzada* dimanante del recurso.

Se declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—La demandante D.^a Elena Ametler Pascual formuló demanda en juicio declarativo de menor cuantía reclamando la cantidad de 24.500.000 pesetas contra J. C. E. y D. O. N. y la Cía de seguros Aegón más los inte-

reses legales desde la interposición de la demanda y las costas del juicio. La acción ejercitada se deriva de accidente de circulación ocurrido en la Autopista A-7 a las 8,30 horas del día 11 de octubre de 1977, produciéndose una colisión en cadena, motivada por un banco de niebla, estando implicados en la colisión múltiple, entre otros, el camión cisterna conducido por el esposo de la demandante, fallecido en el accidente, y el semi-remolque conducido por J. J. C. E., propiedad de D. O. N. y asegurado en la Cía. Galicia, hoy Aegón, desprendiéndose del atestado que la colisión se produjo por alcance, golpeando el camión conducido por el demandado en la parte trasera del conducido por el esposo de la demandante, debido a no haber tenido tiempo de frenar su vehículo, por la presencia inesperada de otros. La condena del conductor demandado se produjo por no guardar la distancia prudencial respecto del que le precedía, que le permitiese detenerse sin colisionar, con lo que vulneró el deber objetivo de diligencia y el principio de «conducción dirigida», la del propietario del camión por su responsabilidad directa como empresario y la de Aegón como compañía aseguradora. Los demandados fueron declarados en rebeldía, al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido.

Doctrina de la sentencia.—Se fundamenta la resolución en que la acción ejercitada es la del artículo 1.902 del Código Civil, derivada de accidente de circulación, y que no cabe el motivo de inadecuación del procedimiento alegado de modo tardío por los recurrentes, basado en que los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículo de motor, se decidirá en juicio verbal, puesto que entraría un abuso de derecho iniciar un nuevo camino procesal anulando todo lo actuado e introducir el peregrinar de las actuaciones procesales, como se dijo ya en Sentencia de 5 de diciembre de 1989.

Se declara la inaplicación del párrafo segundo del artículo 1.968 del Código Civil, relativo al plazo de un año para la prescripción de la acción ejercitada por no haberse alegado ante el Juzgado y se argumenta que es constante doctrina de esta Sala que el instituto de la prescripción, por no estar inspirado en principios de justicia intrínseca, sino en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de sus propios derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva S. S. 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero y 9 de marzo de 1983, u otras sentencias del Supremo.

El último de los motivos del recurso denuncia «infracción del principio jurisprudencial que admite la compensación de culpas en cuanto a su repercusión sobre el quantum indemnizatorio cuando concurren en la producción del daño las conductas culposas de causante y perjudicado». El motivo decae puesto que no se cita ni una sola sentencia para apoyar lo que se dice ser doctrina jurisprudencial, ninguna razón existe para estimar la concurrencia del concomitante del agraviado en la relación causal, y finalmente la función de calcular los daños indemnizables, tanto materiales como morales, escapa al control de la casación y no esta sujeta a baremo alguno (Sentencia 26 de marzo de 1997), ponderándose correctamente por la Audiencia ambos daños, el carácter reparatorio del artículo 1.902, la dedicación de la esposa al hogar, la existencia de dos hijos de 5 y 3 años a la fecha del accidente la desvalorización del dinero, etc., etc.

COMENTARIOS.—En relación con el tema de la compensación de culpas y su repercusión sobre el *quantum* indemnizatorio, tanto la doctrina como la jurisprudencia (25 de marzo de 1980) permiten en materia de responsabilidad civil una disminución de la misma en aplicación de la llamada concurrencia de culpas, siempre y cuando se demuestre que la víctima ha colaborado o propiciado la producción del resultado dañoso.

Sobre los baremos para la determinación del *quantum* indemnizatorio, creemos oportuno aprovechar la ocasión para hacer una breve referencia al cambio que ha supuesto en la materia la introducción de la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968 de 21 de marzo, que cambia desde este momento de denominación, pasando a ser ésta la de «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor».

Las prescripciones contenidas en esta Disposición Adicional 8.^a (que se aplican a los siniestros acaecidos a partir de su entrada en vigor, y en consecuencia no aplicables al supuesto de hecho de la sentencia estudiada), han sido ampliamente discutidas y criticadas en el ámbito doctrinal, con bastante fundamento en nuestra opinión, alegando incluso una más que posible inconstitucionalidad y reflejando que uno de los mayores argumentos a favor de la introducción de un sistema obligatorio de baremo ha sido la presión de las compañías aseguradoras para limitar sus obligaciones en los supuestos de siniestros acaecidos por el hecho de la circulación de vehículos a motor. Nos centraremos exclusivamente en el comentario de algunas cuestiones que influyen en la determinación del *quantum indemnizatorio* y que esquemáticamente son:

1. En los daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículo 19 del Código Penal y lo dispuesto en esta Ley, artículo 1 de la misma (siempre que a partir de ahora hablemos de «esta Ley», nos estaremos refiriendo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

2. Los daños y perjuicios causados a las personas, en cuanto a la pérdida sufrida, lucro cesante y daños morales, se cuantificarán *en todo caso* con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley, salvo que sean consecuencia de delito doloso, artículo 2 de la misma.

3. En los supuestos en que concurra negligencia por parte del conductor y del perjudicado, se moderará la responsabilidad y se repartirá la cuantía de la indemnización según las culpas concurrentes, artículo 2 de la Ley.

4. Jurisprudencialmente, se entra en conflicto con el sistema obligatorio de baremo que en numerosas sentencias como la especialmente relevante de 25 de marzo de 1991, atribuye a los órganos judiciales, quienes lo llevarán caso por caso, valorando las pruebas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por carácter general no permite la individualización del caso concreto.

Hay una trascendental Sentencia del Tribunal Supremo, la número 280/1997, de 19 de marzo de 1997, que ataca frontalmente el baremo, contenido en la Disposición Adicional 8 que comentamos, en unos términos bastante contundentes y que hemos creído conveniente reproducir aquí:

A) La aplicación forzosa del baremo supone una limitación de las funciones de los Tribunales que en supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coincidieran con los señalados en el baremo, se verían forzados a prescindir de su importantísima función jurisdiccional de valoración de la prueba.

B) Cuando se pacte un seguro voluntario que se superpone sobre el obligatorio y que es desdeñado por el baremo que no contempla la normal falta de limitación de la responsabilidad de los aseguradores del seguro voluntario, atentando así contra la libertad de pactos contenida en el Código Civil y lucrando a unas compañías que van a responder por una cantidad inferior a la que correspondería por la prima que reciben.

C) Se vulnera el fundamental mandato del artículo 1.902 del Código Civil, que ordena expresamente «reparar el daño causado» por culpa y negligencia y que no siempre coincide con lo que nos marca un baremo general e inflexible.

D) Se provoca una discriminación manifiesta entre los damnificados en un accidente de circulación, que se les indemnizará según baremo, y las víctimas de daños producidos por otras causas, a las que se les resarcirá de todos los daños que se les ha causado. Se está vulnerando el principio de igualdad ante la Ley contenido en el artículo 14 de nuestra Constitución.

E) También se vulnera el artículo 15 de nuestra Carta Magna, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y que con la aplicación del baremo se impide a los órganos judiciales reparar el daño causado sobre estos bienes de la persona al obligárseles a indemnizar con unas cuantías que no tienen porque ser adecuadas a los daños sufridos.

Para terminar, sólo nos queda lamentar que haya sido retirada la cuestión de inconstitucionalidad promovida de oficio por el Magistrado Juez don Juan Miguel Carreras Marañás, titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Burgos, que hubiera dado lugar a que nuestro Tribunal Constitucional hubiera dictaminado sobre la constitucionalidad del baremo al que hemos hecho mención. En nuestra opinión, es una pena que el Auto del Juzgado de la Instancia e Instrucción número cinco de Burgos de 12 de marzo de 1996 que planteaba la Cuestión de Inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 14, 15, 24.1 y 117 de la Constitución Española, retirara de oficio la Cuestión de Inconstitucionalidad que presentó, evitando que se hubiera clarificado definitivamente la obligación o no de aplicar el discutidísimo baremo.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS.
(SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1997.)

Hechos.—Lesiones sufridas por un trabajador al operar en una cinta transportadora desprovista de protección, y sin pararla previamente.

Doctrina de la Sentencia.—Las cuestiones jurídicas se reducen en esencia a determinar a quién debe ser imputado el resultado dañoso, sin mezclar cuestiones de valoración probatoria de unos hechos que no se atacan por el cauce adecuado.

En este sentido, queda claro que el resultado dañoso se produjo por la manipulación del actor en la cinta transportadora, y por la falta de protección

de ésta. Existió culpa en ambas partes, en la empresa por la omisión de seguridad impuesta por la normativa de seguridad y protección en el trabajo, y en el trabajador porque era evidente el riesgo que entrañaba manipular la cinta sin pararla previamente, y con su acción aumentó el riesgo. De estos hechos se desprende la imputación de responsabilidad realizada.

Por otra parte, la *ratio decidendi* se encuentra en la apreciación de las conductas de ambas partes, en la no adopción por parte de la empresa de las medidas de seguridad ordenadas legalmente, y en la manipulación imprudente de la cinta transportadora por el trabajador; y no en la teoría del riesgo, para el caso de contribución de la víctima en el resultado dañoso, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba de las culpas correspondientes.

Finalmente, recuerda la Sentencia que el artículo 1.103 del Código Civil faculta al Tribunal para moderar la responsabilidad, pero no le impone el fijar cuotas de responsabilidad previamente.

Comentario.—El artículo 1.103 del Código Civil, de acuerdo con el 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*, es utilizado en casi todas las Sentencias sobre responsabilidad extracontractual, aunque no sea citado en muchas de ellas. Esta utilización se debe a que no existe ningún criterio legal que ayude al Juez en su valoración del *quantum* de la indemnización, valoración que se regirá por los principios de la lógica, y de la equidad, que es posible utilizar de acuerdo con el precepto citado.

Dicha 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.

Se denomina concurrencia de culpas a la situación de causación del daño tanto por el actor como por el perjudicado, existiendo nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido. En estos supuestos ambos deben soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción, lo que se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima.

Es la institución tradicionalmente conocida como compensación de culpas, aunque en realidad se compensa lo único que se puede compensar, que es la reparación.

Para que pueda ser utilizada es necesario que en la conducta de la víctima se den también los requisitos de la responsabilidad extracontractual (acción u omisión, culpa y nexo causal), siendo la falta de nexo causal con el resultado dañoso la causa más frecuente de denegación de la compensación. También se requiere que ambas culpas, del actor y del perjudicado, influyan necesariamente en el suceso dañoso, aunque sea en distinta proporción, pues en otro caso puede suceder que la culpa del agente absorba la de la víctima, no existiendo compensación posible, o que la de la víctima excluya la del agente, excluyendo la responsabilidad extracontractual.

En definitiva, esta Sentencia es aplicación de una línea que ya ha aparecido en múltiples ocasiones, como en las Sentencias de 20 de mayo de 1986, 2 de marzo de 1988, y 22 de junio de 1989.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: JURISDICCIÓN COMPETENTE.
(SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Hechos.—Demanda al Servicio Andaluz de Salud, por diagnóstico equivocado de simple contusión en relación a una caída, sin detección de múltiples fracturas pelvianas, ni aplicación del tratamiento médico corrector adecuado.

Doctrina de la Sentencia.—Estamos ante un supuesto de responsabilidad por daños, derivada de culpa extracontractual, y producida en el ámbito del derecho privado, ya que cualquier actuación desviada de la correcta aplicación del arte y la ciencia médica entra en la órbita civil. No se trata de una relación de derecho público, sino de derecho privado, derivada de los daños y perjuicios causados.

Por razón del tiempo en que ocurrieron los hechos (agosto de 1990), resulta aplicable la Ley 8/1986, de Régimen Jurídico del INSALUD, cuyos artículos 40 y 41 autorizan y justifican la competencia de la jurisdicción civil en estos supuestos, al tratarse de una relación de derecho privado. Por otra parte, la jurisdicción civil resulta igualmente garantizadora de los derechos de los perjudicados que la jurisdicción contencioso-administrativa.

COMENTARIO.—Tradicionalmente la determinación de la jurisdicción competente ha planteado bastantes problemas, pues según interpretemos las expresiones «prestación o funcionamiento de un servicio público», o «relaciones de derecho privado», se atribuirá la competencia a una jurisdicción o a otra. De hecho, si observamos la jurisprudencia existente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha considerado competente en casi todos los litigios sobre responsabilidad de la Administración, y lo mismo ha ocurrido con las Salas de lo Contencioso-Administrativo. En definitiva, el amparo judicial de los afectados es prácticamente absoluto.

En términos generales, se defiende la competencia de la jurisdicción civil cuando, aunque el demandado sea una entidad pública, su actuación en el caso debatido no haya tenido lugar como consecuencia de sus facultades soberanas, sino como entidad privada que había de proporcionar la curación de un enfermo, que fue llevado a tal entidad con dicho fin. En estos supuestos, como el Estado actúa en relaciones de derecho privado, responderá ante los tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios o agentes.

Este criterio ya ha aparecido en reiteradas ocasiones, como en las Sentencias de 5 de mayo de 1988, 21 de septiembre del mismo año, 7 de abril de 1989 y 30 de enero de 1990.

En cualquier caso, hemos de estar a la regulación administrativa específica. Si los daños hubiesen tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, habría de estarse a lo dispuesto en sus artículos 139 a 144, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL DE CORREDOR DE COMERCIO. MOMENTO DE ALEGACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1997.)

Hechos.—Subasta y adjudicación de un piso, en ejecución de sentencia de remate de un juicio ejecutivo, por falta de pago de un préstamo bancario. En la póliza de préstamo la firma de la prestataria había sido falsificada por su marido.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que el Reglamento de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio no exige expresamente la presencia de los Corredores en el acto de la firma de las pólizas que «intervienen», también lo es que el Código de Comercio les impone con carácter imperativo la obligación de asegurarse de la «identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervienen, y en su caso de la legitimidad de las firmas de los contratantes». Este aseguramiento podrán adquirirlo por otros medios (a través de algún dependiente suyo legalmente habilitado, por la confianza que les inspire la entidad bancaria gestora de las pólizas, etc.), pero no les dispensa ni les libera, en modo alguno, del cumplimiento de dicha obligación, legal e imperativa, sobre todo cuando la consecuencia esencial de la legitimidad de las firmas que la «intervención» acredita es la concesión de efectos ejecutivos a la póliza intervenida.

Por tanto, si alguna de las firmas de la póliza intervenida resulta ser falsa, ello revela que el Agente que realizó la intervención actuó con negligencia profesional, por lo que debe responder civilmente de los daños causados con la misma, sin perjuicio de las acciones que contra sus dependientes, Banco gestor, etc. puedan corresponderle, personas que sólo ante él, y no frente a terceros, estarían obligadas, por la confianza en ellas depositadas, a cerciorarse de la legitimidad de las firmas.

En concreto al Banco, simplemente una de las partes contratantes en la póliza, como concedente del préstamo, no le corresponde la obligación legal de asegurarse de la legitimidad de las firmas de las personas que en dicha póliza aparecen como prestatarias, aunque tenga verdadero interés en que así sea.

Por otra parte, la excepción de prescripción de la acción, no apreciable de oficio, no fue planteada ni debatida en el escrito de contestación a la demanda, por lo que no puede ser tomada en consideración en vía casacional; si así se hiciera se dejaría en situación de evidente indefensión a la otra parte, que no ha podido defenderse contra dicha excepción en el momento procesal oportuno.

COMENTARIO.—Si el Agente o Corredor hubiese intervenido la póliza conociendo la falsedad de una de las firmas que en ella constan, o con imprudencia grave en su comprobación, habría incurrido en responsabilidad penal, por falsificación de documento público mercantil, en los términos de los artículos 390 y 391 del Código Penal (prisión de hasta seis años, multa de hasta veinticuatro meses, e inhabilitación especial de hasta seis años).

En todo caso, si el empleado o dependiente habilitado hubiese incurrido en culpa o dolo, el Corredor podrá repetir contra él, en los términos del artículo 1.904 del Código Civil.

En cuanto al momento procesal oportuno para alegar la prescripción, véanse en el mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo de 1985 y 27 de mayo de 1991.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DEL INSALUD, Y NO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS, POR NO MANTENER LAS ADECUADAS CONDICIONES DE HIGIENE EN EL INSTRUMENTAL E INSTALACIONES HOSPITALARIAS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Hechos.—Infección bacteriana después de una intervención quirúrgica, motivada por una lesión en un partido de fútbol, y durante la hospitalización, que determina cojera en la pierna izquierda, con incapacidad para determinadas actividades de carácter físico.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que es doctrina consolidada de esta Sala que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, fundándose su responsabilidad en principios netamente culpabilísticos, y a pesar de que en el caso concreto no se ha podido determinar con exactitud el origen de la infección, y de ser muy frecuente la existencia del germen en concreto en la tierra, si queda establecida la relación de causalidad necesaria, ya que la Sala «a quo» califica la infección como hospitalaria, y declara probado que la fractura sufrida por el paciente era una fractura cerrada, lo que excluye que la infección tuviera un origen extrahospitalario.

Por otra parte, la existencia de unas negligencias no médicas ni instrumentalmente particularizables, ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas, y por tanto imputables al INSALUD, como titular del Hospital, determina la responsabilidad de aquél, por ser el ente responsable de los defectos del sistema, de su instrumentación y funcionamiento, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en sus centros.

Declarado el origen hospitalario de la infección, cualquiera que sea la causa concreta, ello conlleva la responsabilidad del INSALUD, al haber incumplido su obligación de mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia en el instrumental e instalaciones, mediante la adopción de medidas adecuadas. Esta responsabilidad es exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, y no guarda relación alguna con la responsabilidad exigible a los profesionales sanitarios que intervinieron quirúrgicamente al paciente.

COMENTARIO.—Con respecto a la responsabilidad del profesional sanitario, se adhiere esta sentencia a la línea que detallan, entre otras, las de 26 de mayo de 1986, 12 de julio y 12 de febrero de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero, y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991. De acuerdo con ellas, la regla general en responsabilidad médica es la de exigir en el profesional una culpa incontestable, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, por la consideración de que la actividad médica es una obligación de medios, que no consiste en obtener en todo caso la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino en proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia. Otra cosa supondría la inhibición de actuar de estos profesionales, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general, ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente el resultado favorable no se obtenga.

A la relación causal material o física ha de unirse el reproche culpabilístico, pudiendo encontrarse este nexo causal en la negligencia al omitir la aplicación de un medio, o más generalmente en una acción culposa. Cuando no sea posible establecer la relación de causalidad, o el resultado dañoso no dependa de una conducta culposa, no habrá responsabilidad sanitaria.

En consecuencia, no opera la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y la prueba del nexo causal.

En esta línea, no se ha establecido la responsabilidad de los profesionales sanitarios que intervinieron quirúrgicamente al paciente, por no haber negligencias particularizables, pero sí la del INSALUD, como titular de la obligación de mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia en instrumental e instalaciones del Hospital, pues el incumplimiento de esta obligación es el que ha causado un daño al asistido en su centro, daño cuya reparación es exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. Concurren la omisión, el daño, el nexo causal entre ambos, y la culpa o negligencia en el comportamiento omisivo.

P. L. P.

RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTUACIÓN SANITARIA NEGLIGENTE. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Sevilla, en Sentencia 5 de febrero de 1990, estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), en Sentencia 8 de mayo de 1993, estima parcialmente el recurso de apelación

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios por la actuación negligente de un ayudante técnico sanitario, quien, en la Unidad de Cuidados Intensivos de un hospital, administró a la actora una inyección de *Valimar* por vía arterial en lugar de por vía intravenosa, ocasionando a la paciente diversas secuelas graves.

Doctrina.—El recurso de casación es interpuesto por la demandada en instancia, en base a tres motivos diferentes.

En relación con el primero, la recurrente considera que el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa. Es desestimado, porque cuando los daños generadores de la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción con el orden civil, cuya doctrina es de aplicación al supuesto del recurso.

El segundo motivo, basado en el ciclo prescriptivo de la acción, entiende la Sala, que para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos del artículo 1.968.2, se atenderá al momento en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto padecido según el alta médica, pues solo entonces el interesado estará en condiciones de ejercitar la acción, con la valoración del alcance efectivo del daño y del importe de la indemnización adecuada.

En el tercero, la recurrente soslaya los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos, lo que, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, significa hacer supuesto de la cuestión.

COMENTARIO.—Como podemos observar, hay tres motivos diferentes en el recurso. En cuanto al primero, es clara la doctrina de Tribunal Supremo, puesto que la actora interpuso demanda, no sólo al ATS, que le había inyec-

tado de forma incorrecta el medicamento, sino también al hospital en el que trabajaba y al organismo autónomo del que éste dependía. Por tanto, sería injustificado el iniciar dos demandas en dos vías diferentes, una civil contra el ATS y otra contenciosa contra los entes públicos, y ello, porque se podría llegar a resultados diferentes en una y otra vía.

En lo relacionado con el segundo motivo, es clara la ley, cuando dice desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 C. C. *in fine*). En este caso las secuelas que la mala administración del medicamento le dejaron a la actora, no se manifestaron en la paciente en un solo momento, si no que fue en varios, por lo tanto el tiempo del año, se deberá contar desde que la actora tuvo conocimiento de todos los daños que se le habían causado por la negligencia del primer demandado.

En el motivo tercero, la recurrente intenta, como dice la Sentencia, hacer una construcción unilateral de los hechos, pasando por alto, que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha sido dictada en base a unos hechos ya probados. Y es clara y reiterativa la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, 26 de junio de 1974, 14 de noviembre de 1980, 15 de septiembre y 16 de diciembre de 1985; 20 y 24 de julio de 1986; 13 de febrero y 5 de junio de 1987; 24 de septiembre y 24 de octubre de 1994) en cuanto a la aplicación del artículo 1.214, que *no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede alegarse en casación, cuando se acuse alteración indebida del onus probandi*.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD NO INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN EJERCITADA DESPUÉS DEL AÑO SIGUIENTE A QUE PUDO EJERCITARSE. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, en Sentencia 13 de abril de 1992, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3.ª), en Sentencia 26 de abril de 1993 desestimó el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios, por las secuelas incapacitantes que dejó en el representado del actor, un accidente de circulación, al ser atropellado por un vehículo conducido por el demandado, cuando aquél cruzaba la calzada por un lugar no señalizado. Se siguió procedimiento penal, que absolvió al demandado, imponiendo una indemnización a la sociedad aseguradora. Posteriormente se inició la acción correspondiente por parte del padre del atropellado para declarar la incapacidad de éste y al obtener la oportuna declaración de incapacidad, se interpuso la demanda indemnizatoria de la que trae consecuencia este recurso.

Doctrina.—Nada hay que oponer, pues, a que se instare la declaración de incapacidad y la rehabilitación —como hizo el juez— de la patria potestad, pero nada impedía tampoco que se solicitase de él al tiempo de la demanda que dictara las disposiciones oportunas para evitar perjuicios al presunto incapaz o que las medidas del artículo 1.973 las adoptase el recurrente, aunque sólo fuese como tutor o guardador de hecho. Presentada en 6 de marzo de 1989 la acción reparadora o indemnizatoria, es llano que había prescrito y ello se debe al aban-

dono o si se quiere negligencia del recurrente, que pudo interrumpirla y no la interrumpió, dado que a estos efectos ninguna relación tiene la acción de incapacidad y no pueden atribuírsele secuencias interruptivas, ya que los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo.

COMENTARIO.—Es claro el artículo 1.973 cuando dice «*La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial...*». Hay numerosa jurisprudencia que avala que esta reclamación extrajudicial, puede hacerse por apoderado o mandatario, aunque sea verbal, entre otras las Sentencias 3 de mayo de 1957, 27 de junio de 1969 y 10 de octubre de 1972, e incluso hay alguna que considera que es posible hacer la reclamación a través de un mandatario tácito como es la de 12 de noviembre de 1986.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, desde el mismo momento en que se conoció el resultado del informe médico, se tuvo conocimiento de las deficiencias; y es en ese momento cuando se inicia el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, o en su caso, actos interruptivos para no llegar a la prescripción de la misma, sin tener que esperar a que se dicte por el Juzgado la declaración de incapacidad.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD MEDICA. CIRUGÍA ESTÉTICA: ARRENDAMIENTO DE OBRA O DE SERVICIOS. CONSTITUYE UN DEBER PROFESIONAL DEL CIRUJANO PONER LOS MEDIOS NECESARIOS PARA TRATAR DE SOLVENTAR LAS POSIBLES COMPLICACIONES DEL POSTOPERATORIO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

En el caso de autos se contrata con un cirujano una operación de cirugía estética consistente en el estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada —*lifting*—. La operación quirúrgica se desarrolló con normalidad así como el despertar, pero a partir de este momento surgen una serie de complicaciones postoperatorias que derivaron en el fallecimiento del paciente. Los hijos del fallecido demandan solidariamente en Primera Instancia al cirujano plástico, al anestesta, al intensivista, al Jefe del Servicio de Reanimación y a la Congregación propietaria de la clínica el pago de cuarenta millones de pesetas. La sentencia desestimó la demanda.

Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda con respecto al cirujano condenándole a indemnizar a los demandantes con quince millones de pesetas. Se desestimó la demanda con respecto a los demás demandados. Contra esta sentencia de la Audiencia, consentida por los demandantes, interpone el cirujano recurso de casación. El Tribunal Supremo declara en el fallo no haber lugar al recurso.

Antes de comentar la actuación del cirujano conviene puntualizar que el paciente contrató los servicios de éste personalmente pero no los del resto de los demandados y, como observa el alto Tribunal, las partes encauzaron este proceso como un supuesto de culpa extracontractual si bien en casación el recurrente basa su tesis en la culpa contractual. Parece claro que, por lo que al cirujano respecta, está dentro del ámbito de la culpa contractual.

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil aplicables a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia cuando no ha mediado un pacto previo. Si bien el propio Tribunal ha estimado oportuna la demanda en casos como este en el que al cirujano se le puede pedir responsabilidad por incumplimiento de contrato mientras que de los mismos hechos puede derivarse una responsabilidad extracontractual exigible a los demás sanitarios que, sin tener contrato alguno que les ligue al enfermo puedan haber cooperado en los daños producidos. De unos mismos hechos pueden derivarse ambos tipos de responsabilidad, yuxtaponiéndose ambas.

Cuestión interesante es si la relación paciente-cirujano en las operaciones de cirugía estética constituye un arrendamiento de servicios o de obra. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera como contrato de servicios el concluido entre médico y paciente; sin embargo ya ha proclamado en varias ocasiones que las operaciones de cirugía estética quedan encuadradas en el arrendamiento de obra porque en ellas es prioritaria la obtención de un resultado cual es la mejora estética.

El recurrente dice que el contrato es de ejecución de obra «solamente a efectos de sustentar este motivo» a lo que el Supremo responde que «No sólo a los efectos de este motivo... sino a todos los efectos, ha de reconocerse que el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja Sentencia de 21 de marzo de 1950 y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 de abril de 1994, habiendo declarado expresamente esta última que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético..., el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra.

Se condena al cirujano por no haber observado las pautas profesionales debidas para el caso concreto —*lex artis ad hoc*—, a saber, el no haber informado al intensivista de la clase de operación realizada, de los antecedentes del enfermo (en operaciones anteriores había tenido problemas alérgicos y edematosos) que eran conocidos por el cirujano y, a la vista de los mismos, de las posibles complicaciones que pudieran surgir y que eran muy previsibles.

La diligencia exigible al cirujano al finalizar la operación incluye, desde luego, el informar al intensivista de la situación y circunstancias del paciente que dejaba a su cargo pues, como dice la sentencia objeto de este comentario, «los deberes profesionales y asistenciales de todo cirujano no quedan agotados o cumplidos plenamente (como equivocadamente suele entenderse) con la terminación de los actos integrantes de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por muy correctamente que esta haya sido realizada, sino que se extienden necesariamente también a tratar de solventar las posibles complicaciones que pueda presentar el intervenido en la fase del postoperatorio».

Un supuesto análogo es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1988 en la que existe responsabilidad médica por descuido postoperatorio. El caso es básicamente el mismo: el médico no comunica al anestesta las especiales características del paciente que suponen

un riesgo añadido al de la operación y que hacían aconsejable un mayor cuidado del recién operado, especialmente mientras duraran los efectos de la anestesia. El enfermo muere y se le exige responsabilidad al médico porque al no informar al anestesista está descuidando el postoperatorio por su falta de previsión.

No se sabe qué hubiera ocurrido si el intensivista hubiera conocido la situación del paciente en el momento de surgir súbitamente la complicación postoperatoria, si hubiera podido solventar una situación crítica. De cualquier modo, no procede atribuir el fatal desenlace a la falta de información, lo que sí resulta exigible, según doctrina del Tribunal Supremo, es que al enfermo se le procuren todos los cuidados posibles que el estado de la ciencia pueda aconsejar para ese caso.

RESPONSABILIDAD MEDICA POR NO PONER LOS MEDIOS SUFICIENTES PARA EVITAR EL NACIMIENTO DE UN SER SUBNORMAL. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

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

La base fáctica de la sentencia es la siguiente: la de una gestante a la que se le diagnostica un alto nivel de riesgo tanto para ella como para el feto. A la vista de esta circunstancia el médico J. S. L. le prescribe la realización de determinadas pruebas, entre otras una amniocentesis. Todas las consultas y pruebas se realizan en el Hospital Clínico Universitario de Valencia dependiente del Servicio Valenciano de Salud. La amniocentesis fracasó, conociéndose ese dato el 7 de julio de 1989, el día 14 de julio la interesada se interesó por el resultado, preguntando a la doctora R. P. T., dado que ésta era la sustituta de J. S. L. No obtuvo ninguna información. A la paciente le notificaron el resultado en el mes de septiembre cuando ya había transcurrido el plazo legal para interrumpir voluntariamente su embarazo. Como consecuencia de dicho embarazo nació un niño con síndrome de Down.

Esta mujer demanda en Primera Instancia a los médicos, al Hospital y al Servicio Valenciano de Salud solicitando una indemnización de 50.000.000 de pesetas siendo desestimada la demanda. Apela ante la Audiencia Provincial de Valencia y también es desestimada. Por último recurre en casación y el Tribunal Supremo condena a R. P. T. y al Servicio Valenciano de Salud a que le abonen la indemnización solicitada más los intereses legales de dicha suma desde el momento de la interpelación judicial hasta su pago.

Estamos ante un caso claro de una actuación médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal clara entre ambos acontecimientos. Lo que no resulta sencillo es valorar el daño causado.

En la sentencia se menciona la amniocentesis pero, como es lógico, nada se explica sobre la misma. Parece conveniente detenerse brevemente a examinarla para comprender mejor el alcance de la negligencia médica cometida. Consiste esta prueba en la extracción de una pequeña cantidad de líquido amniótico con una aguja hueca a través del abdomen de la embarazada. El fluido que contiene numerosas células del feto es centrifugado para separarlas y analizarlas. Se utiliza para detectar defectos fetales, entre otros el síndrome de Down. El momento para llevarla a cabo es sumamente concreto ya que ha de practicarse entre las semanas 14 y 16 de la gestación. No conviene realizarlo al final de este plazo porque si fracasa la prueba ya no se puede repetir.

Lo normal es hacerlo al principio, examinar al cabo de siete días la evolución de las células obtenidas con el fin de ver si la prueba se está desarrollando con normalidad y, si no fuera así repetir la prueba. Es práctica usual decirle a la paciente que, transcurridos siete días se ponga en contacto con los médicos que están realizando el análisis por si hubiera de repetirse aun cuando los resultados no se obtienen hasta una fecha posterior. Una vez conocidos los resultados han de comunicarse de inmediato a la paciente.

En el caso de autos se le comunica con dos meses de retraso lo cual le impide repetir la mencionada prueba y proceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal.

La responsabilidad médica de R. T. P. incluye una diligencia mínima de comunicar con toda rapidez el resultado e informarle de que debía someterse de nuevo a otra prueba. La paciente le preguntó por su prueba siete días después de que se hubiera constatado el fracaso por lo que no puede achacársele una actitud negligente a ella.

Todo lo sucedido era perfectamente previsible, hasta tal punto que se observa como rutina en el protocolo médico para este tipo de pruebas, falta una previsión y una diligencia mínima y como profesional de la medicina le son exigibles unos deberes, encuadrados en la *lex artis ad hoc* y que comprenden, desde luego, el deber de informar de un resultado máxime cuando de él dependen efectos de tal magnitud.

CULPA MEDICA. NO PRACTICA DE PRUEBAS ANALÍTICAS NECESARIAS. FALLECIMIENTO INMEDIATO DEL PACIENTE. RESPONSABILIDAD DEL INSALUD. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Según doctrina totalmente consolidada y seguida por esta sentencia «la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo».

En el caso de autos si bien «no se precisó la causa concreta que desencadenó el óbito, tampoco se probó que se hubieran empleado los conocimientos y técnicas sanitarias más adecuadas», por lo que «no procede... descartar la ausencia total de relación causal».

La doctrina de la sentencia es la seguida habitualmente por el Tribunal Supremo en supuestos similares, a saber, la responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud «surge cuando el daño ocasionado se debe a la actuación de los servicios sanitarios y también a la de los facultativos que trabajan en el centro hospitalario que gestione».

ACCIDENTE DURANTE UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA. RESPONSABILIDAD MEDICA. PRUEBA DEL CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

En el transcurso de una operación quirúrgica se le secciona a la paciente de forma accidental e involuntaria un uréter. No cabe duda de que esto le produjo un daño considerable.

El problema que nos plantea esta sentencia es si el percance ocurrió por causas previsibles y evitables, o por contra, sucedió de manera fortuita e inevitable. Estadísticamente existe un porcentaje mínimo en el cual ocurre. Esto significa, para el Tribunal Supremo, que se trataba de «un riesgo previsible y, en principio, evitable extremando la precaución. Precaución extrema de todo punto exigible a profesionales suficientemente capacitados y preparados para efectuar este tipo de intervenciones sin tener que ocasionar un daño añadido».

Por lo que a la prueba se refiere es doctrina del Tribunal Supremo que su carga recae sobre el actor, si bien esto no puede excusar al médico de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión de su parte.

RESPONSABILIDAD MEDICA. POSTOPERATORIO DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA COMPLICADO POR INFECCIÓN. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CENTRO SANITARIO. NORMAS CONCURRENTES POR CULPA. CARGA DE LA PRUEBA. EXCEPCIÓN DE CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

Se condena solidariamente al Instituto Nacional de la Salud y al médico. Tras una intervención quirúrgica en una rodilla el enfermo coge una infección causada por la pseudomona aeruginosa que determina su evolución desfavorable y, en definitiva, la amputación de su pierna izquierda.

La pseudomona aeruginosa es un patógeno oportunista que existe tanto en el medio hospitalario como en el extrahospitalario.

En cuanto al médico se dice que su actuación profesional fue correcta y de acuerdo con la buena práctica médica tanto por la técnica quirúrgica empleada como por lo que se refiere a las medidas de asepsia, suministrándose además al paciente tratamiento antibiótico. Se insiste en que, una vez detectada, se instauraron los tratamientos específicos para combatirla sin retraso, omisión o descuido por parte del personal sanitario. Incluso consta en el informe pericial que la amputación se decidió como consecuencia del deterioro de la rodilla del paciente y no como consecuencia de la infección.

Visto lo anterior, ¿qué se le imputa al médico para condenarlo si se dice que su quehacer se ajustó a la *lex arti*? El hecho de haberse omitido un examen pormenorizado de la instauración de la infección así como haberse cerciorado de la asepsia del quirófano independientemente de que fuera el paciente portador de la pseudomona aeruginosa o de que hubiera entrado en contacto con ella en el hospital. La verdad es que resulta chocante que, en definitiva se le exija al médico responsabilidad por una infección cuyo origen puede ser tanto hospitalario como extrahospitalario. Su otra falta es no haber advertido al paciente de los graves riesgos añadidos a los que se sometía porque ante la disyuntiva de la posible mejoría o la, también posible, pérdida de la pierna tal vez hubiera optado por continuar con la deficiencia funcional que le aquejaba.

Contrasta el fallo con el de la Sentencia de 30 de mayo de 1997 en la que en un supuesto que guarda cierta semejanza condena al INSALUD y absuelve a los médicos.

El centro hospitalario responde civilmente en base a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. El recurrente se ampara también en la Ley general

para la defensa de los consumidores y usuarios que hace referencia expresa a los «servicios sanitarios».

RESPONSABILIDAD DEL INSALUD POR DEFECTUOSA CONSERVACIÓN DEL MATERIAL DE QUIRÓFANO. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

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

En el transcurso de una intervención quirúrgica se desprendió un tornillo de un retractor (valva quirúrgica que sirve para separar las paredes abdominales y abrir un campo quirúrgico suficiente para intervenir) quedando en la zona operada. Un año después, con motivo de una caída se le hacen unas radiografías y se descubre. Se le realiza una nueva intervención a la paciente para extraerle el tornillo. Como consecuencia de los anteriores hechos demandada a los médicos que la han intervenido y al INSALUD y les reclama 10.000.000 de pesetas.

Los facultativos son absueltos por haber sido su actuación técnico-sanitaria «irreprochable». Dice la sentencia que ningún tipo de responsabilidad debe alcanzar al médico cirujano por el desprendimiento casual y totalmente imprevisible de una pieza minúscula, no pudiendo apreciarse su falta al hacer el recuento del material utilizado al finalizar la intervención. Hay que tener en cuenta que el operador no tiene ningún control sobre el instrumental que utiliza ya que es aportado por el establecimiento médico oficial.

No ha habido diligencia en la supervisión del material quirúrgico, por esta «desidia en la conservación del material necesario para la intervención» se condena al INSALUD.

La doctrina de la responsabilidad directa del INSALUD por los actos de sus empleados se recoge también en la Sentencia de 5 de mayo de 1988 que dice que «hubo una actuación culposa de la entidad recurrente al consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento en materia tan delicada para la salud de las personas». Esta responsabilidad directa le atribuye esta última sentencia al INSALUD «por las deficientes condiciones del material clínico sanitario» en base al artículo 1.902 del Código Civil y de forma indirecta o por defecto de vigilancia de sus empleados en base al 1903, 4.º.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS HOSPITALARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

Se condena al Instituto Nacional de la Salud por los daños derivados de una infección hospitalaria contraída en una intervención quirúrgica por entender que existió «una defectuosa asistencia médica del INSALUD». Se absuelve a los médicos.

RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL CENTRO HOSPITALARIO. CULPA MÉDICA POR ALTA INJUSTIFICADA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

Se demanda al pediatra y al Servicio Andaluz de la Salud. Queda absuelto el primero y condenado el segundo.

Está perfectamente acreditada la negligencia del personal médico. Como consecuencia de la culpa del personal tiene responsabilidad directa el Centro Hospitalario en virtud de la reiteradísima jurisprudencia de la *culpa in vigilando o in eligiendo*. Hay un nexo de causalidad claro entre la conducta culpable del personal sanitario y el daño producido.

Hubo negligencia del personal médico, pero no está individualizada, es decir, no se puede determinar con exactitud la identidad de los causantes del daño. Como dice R. de Ángel Yagüez se trata de un daño «de autor anónimo» que resulta perfectamente posible si se tiene en cuenta la organización de los grandes centros hospitalarios en los que se trabaja en equipo y por turnos que van rotando con lo cual en un solo día el enfermo ha estado bajo la supervisión de un número relativamente elevado de personas.

Seguramente la negligencia se debe a un «conjunto de deficiencias asistenciales» (Sentencia de 12 de julio de 1988). Para evaluar la responsabilidad propugna esta sentencia acudir a una interpretación sociológica y atender «al conjunto de circunstancias, no sólo personales, sino también del lugar en que desenvuelven sus actividades y del sector del tráfico social en que la conducta imputada se produce». No cabe duda de que los servicios prestados han sido defectuosos y, no pudiendo saber a ciencia cierta quienes han sido los causantes del mismo tendrá una responsabilidad directa el centro donde se producen.

Sobre el alta la sentencia que estamos comentando recoge un párrafo de otra, a saber la de 20 de marzo de 1997 que dice: «la jurisprudencia civil tiene declarado que la actividad de sanar y la propia diligencia médica, ha de prestarse con la aportación profesional más completa sin regatear medios ni esfuerzos (Sentencias de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), y por ello deben evitarse las decisiones precipitadas y apresuradas como son las altas injustificadas, al representar una irreflexión o incluso rutina, que en nada favorecen al enfermo, pues, al contrario, repercuten negativamente en su salud».

Por último, trataremos de las normas que hacen referencia a la carga de la prueba en supuestos, como el que nos ocupa, en el que se ha destruido la historia clínica «siguiendo unas normas de funcionamiento interno del Hospital... privándonos así de un importante medio para poder enjuiciar los hechos» y, como comenta el Tribunal Supremo «es muy cuestionable la corrección de esa medida por muy pragmáticas que sean las razones que la aconsejan».

La destrucción de la historia clínica debe hacer recaer sobre el Servicio Andaluz de la Salud los inconvenientes que de este hecho se deriven pues «ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes» para justificar el alta de la paciente. Esta misma doctrina jurisprudencial sobre la destrucción del historial clínico se encuentra en la Sentencia de 17 de junio de 1989.

«*LEXARTIS AD HOC*». RESPONSABILIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997.)

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

Recoge esta sentencia la doctrina sobre la carga de la prueba de la ausencia de culpa que corresponde al prestador de los servicios sanitarios,

«máxime cuando hay una propuesta de Directiva de la Comunidad Europea que tiene las mayores probabilidades de constituir derecho positivo vigente en España».

Esta doctrina no es más que una aplicación del artículo 1.903, párrafo último del Código Civil que establece que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

No bastaría observar la diligencia de un buen padre de familia en los supuestos de responsabilidad sanitaria puesto que estamos ante una diligencia cualificada siendo exigible la *lex artis ad hoc*. A ella se refiere el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1990 cuando dice que «la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional».

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una clara tendencia a suavizar el principio de que el paciente sea el que deba probar la culpa del personal sanitario.

RESPONSABILIDAD MEDICA. RESPONSABILIDAD DEL INSALUD. RESPONSABILIDAD DIRECTA Y MARCADAMENTE OBJETIVA: ARTICULO 1.903, 4.º, CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULOS 25 y SS. DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1997.)

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

La base jurídica del presente caso se repite con frecuencia en los supuestos de responsabilidad sanitaria en que interviene el Instituto Nacional de la Salud. Se considera que tiene éste una responsabilidad con un «matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando o in eligiendo*».

En este caso la reclamación va dirigida exclusivamente contra el INSALUD, al igual que en la Sentencia de 27 de enero de 1989, que entiende que no puede considerarse la responsabilidad exigible a esta institución como subsidiaria sino «directa de la empresa, por lo que no es necesaria la presencia en el proceso del agente material del daño».

En base al artículo 1.903 del Código Civil y a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios el centro hospitalario debe responder de los servicios prestados, asumiendo las deficiencias de funcionamiento, negligencias del personal, y todas aquellas conductas que, aun siendo válidas individualmente consideradas, «supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente».

Con el actual sistema de los centros hospitalarios se trabaja en equipo e intervienen bastantes personas en el cuidado de un paciente por lo que puede resultar difícil a veces individualizar la culpa aun cuando esté perfectamente clara la negligencia del centro que presta los servicios.

Se recoge en esta sentencia un párrafo de la de 22 de abril de 1997 que analiza la obligación que origina la responsabilidad médica como obligación de «prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado», no la de obtener un resultado. Consecuencia de esto es que «en la

obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado» siendo «precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento» según reiterada jurisprudencia.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR LESIONES A CONSECUENCIA DE TRATAMIENTO MEDICO INADECUADO Y FALTA DE ESCASEZ DE MEDIOS EN EL HOSPITAL, QUE NO PROSPERA POR ENTENDERSE QUE LOS MÉDICOS Y EN EL CENTRO HOSPITALARIO NO CONCURRIÓ EL REPROCHE CULPABILÍSIMO EXIGIDO EN LOS ARTÍCULOS 1.101, 1.103, 1.104, 1.902 Y 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997.)

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

Quedan absueltos el personal médico y el centro hospitalario ya que para que el principio de la responsabilidad por culpa se aplique es «necesidad ineludible» que quede probada la culpa del eventual responsable del resultado dañoso, y, si bien la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en los últimos años ha ido aceptando soluciones cuasiobjetivas basándose en el principio del riesgo, no quiere esto decir que prescinda por completo de la existencia de culpa.

RESPONSABILIDAD DECENAL. RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS POR DEFECTO EN LA ESTRUCTURA. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

El Juzgado de Primera Instancia condena a los distintos intervinientes en la construcción, a excepción de los arquitectos, a realizar una serie de reparaciones como son: parte del pavimento y del embaldosado y «aquellos elementos estructurales del edificio en que exista una calidad inferior a la normal del hormigón utilizado, la cual pueda afectar a la estabilidad» del mismo. La lectura del fallo del Juzgado le deja a una perpleja, no se entiende cómo pueden quedar absueltos los arquitectos cuando ha quedado acreditado que el hormigón de los pilares es de una «calidad inferior a lo normal» lo que implica que su resistencia es menor y afecta nada menos que a la estructura del edificio ofreciendo éste menos garantías de estabilidad y, por consiguiente, de seguridad. Se trata de un vicio grave.

La Audiencia, además de exigir responsabilidades a los constructores, condena a los arquitectos por los «defectos de seguridad y estabilidad de los pilares» así como por las «humedades que no sean simplemente de condensación». Es doctrina del Supremo que estas humedades se deben a vicios de proyecto.

Los arquitectos recurren en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Dice la Sentencia que: «debe destacarse la responsabilidad de los Arquitectos en los defectos de falta de resistencia en elementos estructurales, pues es conocido que el cometido de estos profesionales son los de proyección y alta dirección, referidos estos últimos a vigilancia e inspección de la ejecución de la cimentación y estructura del edificio».

Hemos de comentar que cuando se hormigonan los pilares de un edificio es obligatorio tomar unas probetas de muestra y enviarlas a un laboratorio

para que analicen el hormigón y comprueben su resistencia. A la vista de los resultados, si el hormigón da una resistencia baja corresponde al director de la obra adoptar las medidas pertinentes para reforzar la estructura, realizando incluso pruebas de carga para comprobar la resistencia efectiva.

Conviene recordar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los vicios que afectan a la estructura son responsabilidad de los técnicos bien por deficiencias del proyecto, bien por no actuar con la diligencia debida, según la *lex artis*, en la dirección de la ejecución de la obra y, en concreto, en la cimentación.

En este supuesto se acota la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo en función del tipo de vicio siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo de que siempre que resulte posible se deslin-den las distintas responsabilidades y queden perfectamente individualizadas.

QUE SE HAGAN DIVERSAS DECLARACIONES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL SE EQUIPARA LA FIGURA DEL PROMOTOR A LA DEL CONSTRUCTOR, Y SE IMPONE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE ELLOS Y DE LOS ARQUITECTOS Y APAREJADORES AL NO PODER DESLINDARSE SUS RESPONSABILIDADES EN RAZÓN A LA ÍNDOLE DE LOS VICIOS: DE PROYECTO, DIRECCIÓN Y EJECUCIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997.)

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

Una comunidad de propietarios reclama en Primera Instancia a los Arquitectos, Aparejadores, Promotores inmobiliarios y empresa constructora que participaron en la construcción del inmueble objeto de este litigio una indemnización suficiente para realizar las obras necesarias para que la construcción resultase conforme a su uso y destino.

El Juzgado condenó solidariamente a los tres Arquitectos y absolvió a los demás demandados. La Audiencia condenó solidariamente a todos los demandados tal y como solicitaba, por una parte, la Comunidad de Propietarios en el recurso de apelación y, por otra, los tres Arquitectos condenados.

Interponen recurso de casación los dos Promotores inmobiliarios condenados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Los recurrentes argumentan que no han actuado como promotores sino como meros gestores y administradores de la Comunidad que «conocedores de la existencia de un proyecto, buscaron a aquellas personas que pudieran estar interesadas en la adquisición de una vivienda, integrándolas en una Comunidad de Propietarios a los fines de participar en los costes de construcción. No realizaron negocio de promoción», si bien cobraron uno por «honorarios de gestión y administración por la llevanza de las cuestiones administrativas, legales y fiscales» y, el otro, por «honorario de intermediación por las gestiones de búsqueda de las personas idóneas para su integración en la Comunidad de Propietarios».

Después de este breve resumen de la sentencia resulta obligado que el comentario de la misma se centre en la figura del promotor ya que el Tribunal Supremo rechaza la tesis de considerarlos meros gestores siguiendo una línea jurisprudencial totalmente consolidada que lo incluye entre los responsables del artículo 1.591, asimilándolo al contratista en cuanto a obligaciones y responsabilidades.

La cualidad de propietario no libera al promotor de su responsabilidad como tal (Sentencia de 1 de marzo de 1984). En el caso de autos existen diversos documentos en los que figuran, en unión de otras personas, como propietarios los supuestos promotores.

El hecho de contratar a una empresa constructora para la realización de la obra no les quita tampoco su cualidad de promotores (Sentencias de 11 de febrero de 1985 y 27 de octubre de 1987), haciéndoles responsables frente a los posteriores compradores de todo o parte de la obra construida (Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974).

Sobre la responsabilidad solidaria sólo resta decir que son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo que la imponen para los distintos intervinientes en la edificación siempre que no sea posible discernir con precisión la parte que cada uno tuviera en el resultado. Hay que tener en cuenta que se superponen distintas actividades contribuyendo en una u otra medida a la producción de unos vicios constructivos.

RESPONSABILIDAD DECENAL COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación porque no se puede exigir responsabilidad civil a una compañía aseguradora cuando la suscripción de las pólizas tiene una fecha posterior a la del siniestro por lo que han de quedar libres de cualquier reclamación judicial.

Resulta curioso que el Fundamento Primero de esta sentencia diga «que la responsabilidad de las personas que intervienen en la ejecución de una obra y por ellas de las aseguradoras a los efectos de computar el plazo establecido en el artículo 1.591 del Código Civil hay que computarlo desde la entrega de la obra al propietario de la misma, pues, por un lado, es cuando se desprenden aquellos de su ejecución, entendida no fase a fase sino como un todo, y por otro y lo que es más relevante, por cuanto que los vicios desde el punto de vista jurídico se encuentran potencialmente existentes».

El 1.591, sin embargo, dice que el plazo se cuenta «desde que concluyó la construcción» y, obviamente, no es lo mismo conclusión que entrega. Puede que entre una y otra no medie un lapso de tiempo grande, pero no siempre es así. Puede haber entrega sin haberse concluido la obra, por eso sorprende que diga el Tribunal Supremo en esta sentencia que el plazo se cuenta desde la entrega sin precisar más sobre el supuesto en concreto cuando el 1.591 sólo menciona la conclusión de la obra a efectos del cómputo del plazo. Lo que ocurre es que resulta difícil, a veces, precisar el momento de la finalización. Esta, por sí misma, no puede producir efectos respecto al comitente si no se le ha comunicado; por eso es frecuente empezar a computar el plazo de este precepto desde la fecha de la notificación de la conclusión hecha por el constructor al comitente.

Entiende la doctrina que habiendo recepción, esta opera como inicio del plazo de la responsabilidad decenal. A falta de recepción, se contará desde la conclusión si se sabe con certeza y siempre que este hecho se hubiese puesto en conocimiento del comitente. La entrega hace suponer que la obra se ha terminado, por eso el 1599 fija este momento para el pago, a falta de pacto o costumbre. En este sentido puede servir como punto de partida del plazo decenal o quindenial.

RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997.)

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

Hechos.—El actor contrató con un arquitecto y unos aparejadores el proyecto de construcción de una vivienda unifamiliar. En el proyecto inicial no se incluía la construcción de un sótano, que, sin embargo se realizó por acuerdo exclusivo entre el actor y el constructor y contra la voluntad expresa de la dirección técnica, hasta tal punto que tanto el arquitecto como los aparejadores renunciaron a la misma.

El sótano carecía de saneamiento siendo fácilmente inundable, con lo cual, en caso de lluvia, podía quedar la vivienda inútil para el fin que le es propio al no tener posibilidad de desagüe.

El actor fue demandado por un tercero adquirente de la vivienda para que le indemnizase por la defectuosa construcción del sótano mencionado. El actor, a su vez, interpuso demanda contra el arquitecto, los aparejadores y los contratistas reclamando las cantidades a las que él había sido condenado.

El Juzgado de Primera Instancia condena únicamente al contratista, la Audiencia le absuelve y el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

Doctrina.—Centrado el tema en la responsabilidad del contratista, el artículo 1.591 le impone una responsabilidad decenal derivada del contrato de obra, en base a un incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Es una responsabilidad contractual cuya base última se encuentra en el artículo 1.101 del Código Civil.

En el caso de autos, dice el Tribunal Supremo, que no se puede hablar de incumplimiento, ni de vicios ruínógenos, ni de ejecución incorrecta aun cuando el sótano fuese totalmente defectuoso al carecer de los oportunos desagües, hasta tal punto que esto motivó la renuncia a la dirección de la obra del arquitecto y los aparejadores.

La clave es la siguiente: «se trata de una construcción inadecuada en la que tuvo decisiva intervención el demandante y recurrente en casación, no estaba proyectada y fue encomendada por éste al contratista, conociendo su irregularidad». El problema radica en haber ordenado una obra inadecuada que jamás debía haberse ejecutado. «En consecuencia, no puede mantenerse que la responsabilidad recaiga en el contratista, sino en el dueño de la obra que le ordenó la construcción a sabiendas de la oposición de la dirección técnica».

Es una sentencia sumamente curiosa porque hace recaer el peso de la responsabilidad en el comitente por haber ordenado una obra inadecuada.

RESPONSABILIDAD DECENAL EN LA CONSTRUCCIÓN. «LITIS CONSORTICIO» PASIVO NECESARIO. NO SE ESTIMA. (SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

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

Esta sentencia recoge aspectos de la responsabilidad decenal sobre los que existe una amplísima, pacífica y consolidada jurisprudencia, por este motivo sólo se recogen los siguientes aspectos:

La responsabilidad es solidaria cuando no resulta posible determinar la proporción de cada uno de los partícipes en el daño ocasionado sido numerosas las sentencias de la Sala de lo Civil en este sentido.

En cuanto al litisconsorcio pasivo necesario de quienes pueden ser llamados al pleito existe reiterada jurisprudencia que reconoce que no es necesario en los casos de responsabilidad decenal ya que el perjudicado tiene la facultad «de dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables, sin perjuicio de la relación interna peculiar de la responsabilidad solidaria regulada en los artículos 1.144 y 1.145 del Código Civil».

Define la figura del promotor y la incluye entre las personas sujetas a la responsabilidad del 1591, siguiendo la doctrina iniciada por la Sentencia de 11 de octubre de 1974 y seguida por otras muchas.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES CAUSADAS EN BOLERA. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: COMPUTO DEL PLAZO, PROCESO PENAL ANTERIOR. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS DEUDORES SOLIDARIOS. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Aranjuez en Sentencia de 22 de abril de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar con carácter solidario la suma de 17.209.676. pesetas, de la que corresponde abonar don J. G. R. 12.907.257 pesetas y a cada uno de los otros tres codemandados 1.434.140 pesetas, dichas cantidades devengaran desde la fecha de esta sentencia el interés al que se refiere el artículo 921 de LEC. La Audiencia Provincial de Madrid, (Sección Duodécima) en Sentencia de 5 de junio de 1995, estima en parte el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada de primera instancia, salvo las cantidades que entre los condenados deben responder, que será de 8.604.838 pesetas, abonar don J. G. R. y de 2.868.279 pesetas cada uno de los otros tres codemandados.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, han interpuesto sendos recursos de casación el demandado don J. G. R. (dueño de la bolera) y los codeemandados don Gabriel G. L., don Lorenzo H. S. y don Modesto R. S. (propietarios del restaurante).

No prospera el recurso de casación interpuesto por don J. G. R.

Prospera el recurso de casación interpuesto por don Gabriel G. L., don Lorenzo H. S. y don Modesto R. S.

Hechos.—Menor de cuatro años de edad que encontrándose en compañía de sus padres en una marisquería, donde existían dos boleras de las conocidas como americana sufre lesiones, como consecuencia de las mismas D. J.-L. E. (padre del menor), tramitó juicio de faltas contra el dueño de la bolera y los propietarios del restaurante donde estaba instalada que a su vez eran partícipes en su explotación comercial, así como contra el cliente que jugaba en el momento en el que el menor sufrió dicho accidente. Mientras se tramita el proceso penal, cambia la situación matrimonial de los padres del menor, por separación y posterior divorcio. Notificación de la sentencia penal al padre del menor perjudicado: falta de notificación a la madre a quien se atribuyó la guarda del menor, con patria potestad compartida, en proceso de divorcio

tramitado durante la pendencia del proceso penal. Posteriormente, la madre del menor (ya divorciada), entabla acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, contra las personas anteriormente citadas.

Los dos expresados recursos han de ser examinados por el orden en que acaban de ser relacionados, no sólo porque ese ha sido el orden cronológico de sus respectivas formalizaciones ante esta Sala, sino también porque si hubiera de ser estimado el primero de los motivos del recurso interpuesto por don J. G. R. (y que a nuestros efectos aquí interesa destacar alega infracción de los artículos 1.968-2.º y 1.973 del Código Civil) devendría ya innecesario el examen de los otros dos motivos de ese mismo recurso, así como el de los dos integradores del otro recurso.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto del recurso interpuesto por don J. G. R. El primer motivo del recurso que hace referencia a la prescripción de la acción no puede tener favorable acogida por las razones que a continuación se exponen: *Tramitándose un proceso penal (por delito o falta) no puede promoverse juicio civil acerca de esos mismos hechos hasta que el proceso penal se halle terminado por auto o sentencia firmes y dicha terminación no puede considerarse producida mientras, los perjudicados por tales hechos no hayan tenido un cabal y exacto conocimiento de dicha resolución firme (auto o sentencia) que pone fin al proceso penal, bien por la notificación que de la misma se les haya hecho, bien por cualquier otro medio auténtico y suficiente para ello.*

Con relación a los hechos aquí enjuiciados tan interesado en conocer la resolución firme que puso fin al proceso penal era el padre del menor lesionado, como la madre del mismo, pues aun hallándose divorciados ambos progenitores, que conservaban la patria potestad compartida sobre aquél, cualquiera de ellos estaba legitimado para ejercitar las pertinentes acciones civiles en beneficio del mismo. Si bien la sentencia absolutoria firme que puso fin al juicio de faltas tramitado por estos hechos fue notificada al padre, no ocurrió lo mismo con respecto a la madre, a la que, por razón de dicho divorcio, no consta, que se la diera a conocer su ex-marido, por lo que, ante la pasividad de éste en el ejercicio de la correspondiente acción civil, la referida madre tenía no sólo el derecho, sino incluso el deber, de ejercitarla ella en beneficio de su propio hijo, máxime cuando la guarda de éste, aunque con patria potestad compartida, la tenía encomendada la referida madre, la cual, para poder ejercitar la pertinente acción civil en beneficio de su menor hijo, tenía necesidad de conocer la sentencia firme recaída en el recurso de apelación del juicio de faltas, cuyo único medio de conocimiento era pedir la notificación de la misma al propio Juzgado que la dictó, como así lo hizo mediante su escrito de fecha 5 de marzo de 1990.

Por otro lado, es reiterada doctrina de esta Sala del criterio restrictivo con que ha de ser tratado el instituto de la prescripción extintiva, por ser figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y sí de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica, conectado a una cierta dejación o abandono de aquellos derechos por su titular, abandono o dejación que no es predicable de doña M. L. G. M. (madre del menor lesionado), la cual, ante la pasividad de su ex-marido y padre de dicho menor en el ejercicio de la correspondiente acción civil en beneficio del mismo, hubo de comenzar por pedir, que se le notificara la sentencia recaída en el recurso de apelación del juicio de faltas, como presupuesto previo para poder, seguidamente, ejercitar la referida acción civil, dentro del año siguiente a la fecha de tal notificación, como así lo hizo.

Por su parte, los propietarios del restaurante interponen recurso de casación.

Por dos motivos: orientados a combatir el criterio distributivo que la sentencia recurrida utiliza para determinar la proporción en que los cuatro condenados han de contribuir (relaciones internas entre ellos) al pago de la cantidad total, el primero al alegar infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española y 372 de la LEC en relación con el 248.3 de la LOPJ por falta de motivación del pronunciamiento de la sentencia que revoca la de primera instancia en cuanto a la proporción en que han de contribuir, motivo que se desestima pues: «... La sentencia recurrida está suficientemente motivada, en cuanto al pronunciamiento que hace al pago, con carácter de deudores solidarios, de la cantidad total también fijada..., sin que ello implique que el expresado criterio distributivo utilizado por la sentencia recurrida haya de tenerse por ajustado a Derecho, pero ello no pertenece al ámbito de la denunciada incongruencia omisiva, sino al de la aplicación (adecuada o no) que dicha sentencia ha hecho de los pertinentes preceptos jurídicos sustantivos, cuya infracción también denuncian los recurrentes en el siguiente motivo».

Respecto del segundo motivo se alega infracción del artículo 1.692 del Código Civil, en relación con el artículo 1.669 y 393 del mismo texto *Después de hacer constar que sobre la base de los hechos probados (quaestio facti), cuya apreciación corresponde a los juzgadores de la instancia y aquí se mantienen incólumes, la determinación o gradación de la culpabilidad de cada uno de los participantes de tales hechos, en cuanto integrante de la quaestio iuris, puede ser sometida a esta revisión casacional, después de hacer, la anterior puntualización, el presente motivo ha de ser estimado, ya que si el encargado de mantener la bolera y la red delimitadora de la misma en el debido y exigible estado de seguridad para las personas era don J. G. R., en su calidad de dueño de la misma, ha de atribuírsele un mayor grado de responsabilidad en la casación de los hechos que a los otros tres condenados, aquí recurrentes, los cuales no tenían encomendada dicha misión, sino que solamente se limitaban a suministrar el local que sirviera de aposento o ubicación a la expresada bolera, aparte de que aun cuando fuera idéntico el grado de responsabilidad de los cuatro condenados, que no lo es, al existir entre ellos (dueño de la bolera y dueños del local) constituida verbalmente una sociedad civil irregular con un desigual porcentaje de participación en los beneficios, ese mismo baremo porcentual debe aplicarse a la distribución de las pérdidas (artículo 1.689.1 del Código Civil), por lo que si al señor G. R. (dueño de la bolera) le corresponde un setenta y cinco por ciento (75 por 100) en las ganancias y a los otros tres condenados (dueños del local) solamente un veinticinco por ciento (25 por 100), en esa misma proporción deben contribuir al pago de la cantidad total, aunque todos ellos con el carácter de deudores solidarios frente a la demandante, que es la proporción que acertadamente estableció la sentencia de primera instancia y la aquí recurrida la modificó sin fundamento jurídico alguno para ello.*

COMENTARIO.—En el recurso se plantean dos cuestiones de interés. Por un lado, hay que destacar que como consecuencia del accidente en que el menor resultó lesionado, se instó por el padre del menor juicio de faltas. Durante la tramitación del proceso penal los padres del menor se separan, y posteriormente se divorcian. La madre, a la que se ha atribuido la guarda y custodia del menor, no es notificada de la sentencia penal, y no resulta probado que la madre tuviera conocimiento de la sentencia penal definitiva, pues la pre-

sunción en favor de ese conocimiento por la vida en común e intimidad de los matrimonios no existe en los separados, o divorciados, en los que no hay vida en común (artículos 83 y 92 del Código Civil).

Siendo necesario un conocimiento cabal y exacto de la resolución firme que pone fin al proceso penal, para poder promover el juicio civil sobre los mismos hechos, y estando la madre legitimada para ejercer las acciones civiles en beneficio del menor (artículos 155 y 156, del Código Civil) resulta claro que tiene derecho a que se le notifique la sentencia recaída en causa penal. En consecuencia, la solicitud que dirige al Juzgado para que se le comunicase la misma debe interrumpir el plazo de prescripción de la acción, volviéndose a contar desde entonces el plazo.

Por otro lado, es de destacar que en este supuesto se sigue la doctrina constante del Tribunal Supremo que establece la responsabilidad solidaria cuando existen varios codemandados, que encuentra su apoyo muchas veces en la imposibilidad de individualizar comportamientos y responsabilidades, otras en razones de seguridad e interés social... Pero en el caso concreto que se analiza el propio Tribunal gradúa e individualiza la responsabilidad de los codemandados.

Esto nos hace cuanto menos reflexionar sobre el ocaso del principio de la mancomunidad en nuestro derecho, y la posible toma en consideración del legislador de la reforma de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, pues la interpretación del Tribunal, que muchas veces se hace en base a principios de equidad, debe tener un apoyo legal. Lo que nos introduce en un debate jurídico que ya ha sido iniciado por la doctrina.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN VIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL. PRINCIPIO PROCESAL DE NO PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES. INAPLICACIÓN DE BAREMOS. MENOR DE EDAD NO SE APRECIA SU CULPA COMO CONCURRENTES A EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández Cid de Temes.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mondoñedo en Sentencia de 8 de febrero de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a la Consellería de Cultura y Juventude de la Xunta de Galicia, doña Ana María R. M. y doña Alicia G. G., a abonar solidariamente dieciocho millones de pesetas, absolviendo a don José María R. R. La Audiencia Provincial de Lugo, en Sentencia de 11 de julio de 1993, revoca la sentencia apelada absolviendo en la instancia (sin entrar en el fondo del asunto, por falta de reclamación en vía gubernativa).

Prospera el recurso de casación, que se articuló en dos motivos: Primero: Se alega infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con la excepción dilatoria 7.º del artículo 533 de la LEC. Segundo: Infracción del artículo 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Hechos.—Accidente sufrido por menor de doce años, que realizaba un curso de inglés en un albergue juvenil organizado por la Xunta de Galicia, durante una visita a un campamento, al caer desde un puente colgante, instalado en una zona destinada a monitores.

Doctrina de la Sentencia.—Procede estimar el primer motivo en base a la siguiente argumentación: *El artículo 138 de la LPA ha de ser interpretado conforme a las pautas herméticas del artículo 3.1. del Código Civil, el carácter de vicio subsanable, la similitud con el acto de conciliación en cuanto a la finalidad perseguida, respecto a que la Administración tenga conocimiento previo de la prestación deducida contra ella, de forma que pueda evitar un pleito cuando el derecho reclamado sea tan perfecto que pueda ser satisfecho extrajudicialmente, pero sin que pueda obligarse al particular, con todo rigor, a que siga el expediente administrativo cuando la finalidad del previo conocimiento aparece cumplida de un modo u otro, de manera que dicho artículo 138 LPA no puede operar como condicionante absoluto, como requisito puramente formalista, para el ejercicio de la acción judicial».*

Además, esta Sala ratifica su doctrina sobre competencia del orden jurisdiccional civil cuando, la culpa extracontractual se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, la Administración es demandada conjuntamente con personas privadas unidas por vínculo de solidaridad y prima la vis atractiva de este orden jurisdiccional.

Nos interesa destacar a fines de esta reseña el fundamento quinto en el que se concluye que: *Se infringió el alterum non laedere por omisión de diligencia al no prever lo que pudo y debió ser previsto, ya que el artículo 1.902 no sólo impone la obligación de reparar por omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sino también por no adoptar precauciones que en cada caso aconsejan las circunstancias de personas, tiempo y lugar (por lo que en este caso el Juzgado aprecia correctamente la culpa in vigilando de la directora del curso, y de la monitora y culpa in eligendo de la Xunta de Galicia. No puede acogerse la concurrencia de culpa del menor, pues por su escasa edad no pudo captar adecuadamente el peligro al que se exponía).*

Se discrepa en la aplicación de baremos establecidos para materia de tráfico: *La doctrina jurisprudencial proclama reiteradamente que la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, sin que puedan abdicar de esa facultad-carga, de modo que el criterio orientativo sólo cabe cuando coincidan con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en el juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata, según el artículo 1.902 del C. C., es de reparar el daño causado, lo que no puede fijarse apriorísticamente, sino en cada caso concreto».*

COMENTARIO.—De entre las cuestiones que suscita esta Sentencia del Tribunal Supremo, cabe destacar que, por un lado, recoge la reiterada doctrina que señala que la falta de reclamación previa en vía administrativa no es condicionante absoluto del ejercicio de la acción civil; y de otro considera que son inaplicables los baremos de indemnización de daños y perjuicios señalados en materia de tráfico para la determinación de la cuantía de la misma, extremo este último en el que merece detenerse. A nuestro juicio, la doctrina mantenida en la Sentencia es correcta (recuérdese que, por lo que antecede, en este caso la Sala funciona como si lo fuese de instancia, lo que la lleva a concretar el *quantum* indemnizatorio a la cantidad de cuarenta millones), ya que no parece adecuada la utilización de baremos establecidos para materia de tráfico, como regla general, pues si bien nada parece impedir el acudir a estos baremos con un carácter orientativo, tal cosa solo podrá hacerse cuando de

las pruebas practicadas resulte posible su aplicación, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, tal y como señala la interesante Sentencia de 26 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1864) a la que la propia resolución comentada se remite, por ser específica en su referencia a baremos pretendidamente voluntarios y con finalidad obligatoria. Lo mismo ocurre con la de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4323). Es sumamente discutible, que sea adecuada la utilización de baremos indemnizatorios.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL NEXO DE CAUSALIDAD. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO POR EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

El Juzgado de Primera Instancia número 4.º de Badalona en Sentencia de 22 de febrero de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados solidariamente a que abonen al actor la suma de cuarenta millones con un interés anual igual al interés del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente hasta su total ejecución. La Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 29 de septiembre de 1993, desestima el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, recurren en casación: por un lado don Joaquín S. L. (diseñador del molde) y por otro, Astilleros Gallart, S. A. (empresa), don Juan G.LL., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T. (jefe de producción y encargado de citada empresa respectivamente).

No prospera el recurso de casación interpuesto por don Joaquín S. L.

Prospera el recurso de casación interpuesto por Astilleros Gallart, S. A., don Juan G. LL., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T.

Hechos.—Accidente sufrido por trabajador mientras trasladaba un molde de fibra de vidrio, carente de agarraderas, que dada su ubicación impedía el trabajo, al vencerse en su desplazamiento sobre el trabajador y quedar éste atrapado, debido a la existencia de un cable en el suelo y a la escasa base del molde. Como consecuencia del mismo el trabajador queda parapléjico.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto del primer recurso interpuesto por don Joaquín S. L.

Se alega: que no existe de nexo de causalidad entre la conducta de su defendido y el accidente sufrido por el trabajador: *la Sala de instancia hizo suya la extensa y detallada fundamentación jurídica del Juzgado, no estimando necesario reiterarla o ampliarla, lo cual en modo alguno supone falta de motivación, ya que subsiste la de la sentencia de primera instancia, no implica indefensión del apelante recurrente en casación dado que en su extenso recurso ha podido rebatir sin impedimento alguno, el fallo condenatorio esgrimiendo razones procesales y de fondo que ha tenido por conveniente.*

Asimismo, se alega que la demanda fue interpuesta transcurrido más de un año desde la finalización del proceso penal previo, por lo que se centra en la fijación del *dies a quo* del plazo prescriptivo. *Es de aplicación la reiteradísima doctrina según la cual lo relativo a la computación de los plazos de prescripción*

es cuestión de hecho y, por tanto, determinable por la apreciación de las pruebas practicadas, lo que lleva consigo que su ataque en casación hay de llevarse a cabo por el cauce procesal pertinente que, vigente la Ley 10/1992, no es otro que el ordinal 4.º del artículo 1.962 de la LEC alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideran infringidas, también es doctrina jurisprudencial reiterada la de que seguido un procedimiento penal para la depuración de responsabilidades de esa naturaleza que pudiera derivarse de los hechos litigiosos, el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones civiles que de aquéllos pudieran nacer, no empezará a contar sino desde la notificación del perjudicado de la resolución firme que puso término al procedimiento penal

Se aduce infracción del artículo 24.2 de la Constitución española: Tiene declarado esta Sala que el artículo 24.2 de la Constitución, que establece el principio de la presunción de inocencia no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitiva, o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es la significación reparadora o de compensación y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenían antes de sufrirlo.

Añade la Sala que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo: queda así expresado que la causalidad, es más bien un problema de imputación, esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar.

Se denuncia infracción del artículo 1.902 del Código Civil y 24.1 de la Constitución española: Es reiterado el criterio jurisprudencial que establece la solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos, cuando no es posible individualizar la de cada uno de los partícipes en el evento causante de los daños.

Entrando ya en el estudio del recurso interpuesto por Astilleros Gallart, S. A., don Juan G. Ll., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T.

La Sentencia desestima todos los motivos de casación excepto el de infracción de los artículos 3.2 y 1103 del Código Civil.

Se alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil. Ha de reiterarse una vez más la constante doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1.214 del Código Civil de que al no contener este artículo norma alguna de valoración probatoria, sólo puede servir de fundamento para un recurso de casación cuando por el Juzgador de instancia se hayan violado las reglas de distribución de la carga de la prueba que el precepto contiene, haciendo recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho cuya prueba no le incumbía, no infringiéndose el artículo 1.214 cuando el juzgador falla teniendo en cuenta las pruebas aportadas cualquiera que sea la parte que las haya aportado al proceso.

Vulneración de los artículos 1.902 y 1.903, en relación con el artículo 1.214 del Código Civil: Ha de tenerse en cuenta que los distintos elementos que integran la culpa contractual, la existencia de hechos imputados a los demandados y el resultado dañoso, como cuestión de hecho que son, sólo pueden ser atacada en casación, vigente la Ley 10/1992, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos reguladores de la misma que se consideran infringidos, mientras que, por ser cuestiones de derecho, si pueden ser plantea-

das en casación la calificación como culposa o negligente de la acción u omisión atribuida a los demandados y la relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño producido.

Infracción de los artículos 3.2.º y 1.103 del Código Civil: Es doctrina reiterada de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los Juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos se hagan uso de tal facultad, con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando se extravasen dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL INEXISTENCIA DE CULPA DE LA VÍCTIMA. IMPUGNACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

El Juzgado de Primera Instancia número 2.º de Langreo en Sentencia de 15 de diciembre de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a don Manuel G. F. y a doña M.ª Teresa S. F. propietarios de la casa a que abonen solidariamente a la actora la suma de cuatro millones más los intereses legales, desde la fecha de la presentación de la demanda, por apreciar concurrencia de culpas entre la actora y los propietarios. La Audiencia Provincial de Oviedo, en Sentencia de 10 de noviembre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación, rechaza la concurrencia de culpas y condena a don Manuel G. F. y a doña M.ª Teresa S. F. a que abonen solidariamente a la actora la suma de dieciocho millones más los intereses legales, desde la fecha de la presentación de la demanda.

No prospera el recurso de casación interpuesto por don Manuel G. F.

Hechos.—Caída, de la demandante a la vía pública, por rotura de la balaustrada que circundaba la terraza, en la que se apoyaba para sacudir una alfombra, cuando se encontraba residiendo en el domicilio que su prometido había alquilado con el propósito de instalar en él el domicilio conyugal, en vista de la boda que tenían previsto celebrar. (La sentencia de primera instancia aprecia concurrencia de culpas entre la actora y los propietarios de la casa. La sentencia de apelación rechaza la concurrencia de culpas).

Doctrina de la Sentencia.—Se impugna la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, alegándose infracción de lo dispuesto en los artículos 1.214 en relación con el 1.215, 1.232-1 y 1.243 del Código Civil: *Tiene declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala que el artículo 1.214 del Código Civil por su carácter genérico relativo al onus probandi y no contener regla valorativa alguna de la prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo aquellos supuestos en que el Tribunal a quo hubiere invertido en su fallo el principio de la distribución de la carga de la prueba, únicamente ha de acudir a las reglas sobre la carga de la prueba cuando los hechos fundadores de las pretensiones de las partes no hayan resultado probados, la*

Sala de instancia ha resuelto la cuestión litigiosa a través de las pruebas obrantes en los autos.... por otra parte se trata de contraponer la valoración del juzgador de primera instancia frente a la del Tribunal de apelación, proponiendo a esta Sala se incline por la del primero, lo cual no es objeto del recurso de casación... la apreciación de la prueba pericial es facultad del Tribunal sentenciador en la instancia sometida únicamente a las reglas de la sana crítica que, al no estar recogidas en preceptos legales, no pueden ser revisadas en casación.

Se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la doctrina legal de esta Sala sobre concurrencia de culpas: Es acertada la apreciación que hace la sentencia recurrida de no imputar a la adora intervención relevante en la producción de accidente pues el hecho de que se acercase e incluso apoyase en la balastrada, precisamente por que apreció que aunque era vieja no estaba para caerse, no constituye acción u omisión alguna que pueda calificarse de culposa o negligente.

Se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, esta vez en relación con la cuantía de la indemnización fijada: «Es doctrina jurisprudencial reiterada y constante la que proclama que la apreciación del daño a indemnizar, en su extensión y alcance es una cuestión de hecho reservada única y exclusivamente al Tribunal de instancia.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL. NEGLIGENCIA O MISIVA DE LOS SOCIOS PROPIETARIOS DE UNA SALA DE FIESTAS AL NO ADOPTAR LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SUFICIENTES PARA IMPEDIR QUE UNO DE LOS CLIENTES SE COMPOR-TASE DE MANERA INCIVILIZADA. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1997.)

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

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santiago de Compostela en Sentencia de 7 de abril de 1989, estima parcialmente la demanda, condena a uno de los codemandos don José Manuel B. P. a abonar veinte millones de pesetas, absolviendo a los restantes demandados. La Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 31 de mayo de 1993, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia recurrida, condenando a los demandados: don José Manuel B. P. y a los propietarios de la discoteca, don Enrique O. V., don Ignacio C. B., don José M. Q. y su esposa doña Lucía P. T. don Jesús S. B., y su esposa doña Rosario T. R. y contra Cervantes, S. A. a abonar al actor veinte millones de pesetas de forma solidaria.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Daños causados, por caída de un cliente que hacía «piruetas» en una barandilla del piso superior de una discoteca, al caer sobre la víctima que se encontraba en las pistas de baile en la planta baja.

Doctrina de la Sentencia.—Se alega infracción del artículo 1.902, 1.104 y 1.107 del Código Civil: *En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de 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 objetivar 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 fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, ... 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 valor sobre la conducta del agente viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas y propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero.

Los presupuestos probados, radican, en que: el demandado José Manuel B. P. cliente de la discoteca al igual que el actor, se encontraba haciendo piruetas y tonterías agarrado a la barandilla de la planta primera de la misma y en un descuido se cayó. El análisis lógico y racional de semejante hecho probado, permite las siguientes consideraciones: —aunque la medias objetivas de seguridad adoptadas en la discoteca fuesen acordes con la reglamentación propia del ramo, es indudable que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la Sala, toda vez que los empleados tenían que haber estado atentos de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento.

Los socios que explotaban el negocio, incurrieron por vía de omisión, en la culpa o negligencia prevista en el artículo 1.902 del Código Civil.

Se alega también infracción del artículo 1.137 del Código Civil: *Las conductas concurrentes en el resultado dañoso —la activa del cliente que cayó encima del lesionado y la pasiva de los socios que explotaban el negocio— no podían quedar deslindadas o separadas a efectos de fijar una distinta cuantificación en la responsabilidad, ni permitían tampoco, computar un porcentaje distinto en punto a la producción del daño originado».*

L. T. M.

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES, AUXILIARES Y LIBROS DE COMERCIO

EL LIBRO DE LOS AGENTES DE CAMBIO Y BOLSA HACE PRUEBA EN RELACION A LOS INTERVINIENTES Y A TERCEROS. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1997.)

Hay que tener en cuenta, y hacer propia, la teoría planteada por la Dirección de los Registros y del Notarido, en su Resolución de 13 de diciembre de 1985, cuando determina que los asientos de libro-registro que llevan los Agen-