

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Antoni CALLE ORTEGA, Margarita CASTILLA BAREA, Regina GAYA SICILIA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Virginia MÚRTU-LA LAFUENTE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA**

SUMARIO: I.— *Derecho Civil*: 1.— Parte general. 2.— Derecho de la persona. 3.— Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4.— Derechos reales. Derecho hipotecario. 5.— Derecho de familia. 6.— Derecho de sucesiones. II.— *Derecho mercantil*. III.— *Derecho procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Títulos Nobiliarios. Distinción entre distribución y cesión.—El TS afirma, en virtud de los artículos 12 y 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, que la cesión y distribución de Títulos Nobiliarios son dos figuras distintas, exigiendo cada una de ellas requisitos diferentes. La cesión requiere aprobación expresa en acta notarial de quienes ostenten preferencia legal según los llamamientos, mientras que la distribución exige la aprobación expresa de S.M. el Rey. Declara el TS que tanto la cesión como la distribución, al alterar el orden de sucesión normal, son figuras de carácter excepcional que deben ser interpretadas de forma restrictiva.

Orden de sucesión de los Títulos Nobiliarios. Carácter inalterable.—Reiterada doctrina jurisprudencial afirma que los poseedores de títulos Nobiliarios tienen el derecho de uso y disfrute de los mismos, pero carecen del *ius disponendi*. Asimismo, El TS manifiesta que el orden de sucesión en los Títulos Nobiliarios es inalterable, salvo que medie autorización expresa de S.M. el Rey. La autorización expresa del Jefe del Estado no se presume nunca ni puede deducirse de las Reales Cartas expedidas a favor de los cesionarios o de los beneficiarios de una distribución si en ellas no consta expresamente la aprobación de tales cesiones o distribuciones. (STS de 25 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—En 1973 comparecen ante Notario don L.F.P.G.B., Conde de Romanones y Conde de Quintanilla y su segundo hijo don L.F.G. para otorgar escritura de cesión de Título Nobiliario de Conde de Quintanilla en favor de este último. En 1974 se otorga Carta de Sucesión en el título de Conde de Quintanilla por cesión a don L.F.G., sin perjuicio de tercero de mejor derecho. En 1987 fallece don L.F.P.G.B., otorgándose en 1988 Carta de Sucesión en el título de

Conde de Romanones, con Grandeza de España a favor de su hijo primogénito don A.F.G.

Don A.F.G., Conde de Romanones, Grande de España, interpuso demanda en 1989 contra su hermano don L.F.G., solicitando se declarase la nulidad de la cesión que el padre de ambos realizó del título de Conde de Quintanilla en favor del demandado, don L.F.G. El demandante entiende que tiene mejor derecho a ostentar y poseer el Título Nobiliario de Conde de Quintanilla y que la cesión no puede perjudicarle al no haber dado su aprobación de forma expresa en acta notarial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuso recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación y estima la demanda. (*M.J.P.G.*)

2. No lesiona el honor del afectado la lectura por radio de una sentencia judicial a él referida en cuanto supone ejercicio del derecho de información. Criterios para ponderar la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor en supuestos de colisión.—Hay que tener en cuenta lo que preconiza el artículo 10.2 CE, cuando dice que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pues bien, el artículo 19 de dicha Declaración expresa que «toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión y que la misma tiene derecho a difundir toda noticia, por cualquier medio de expresión».

Pero a partir de la emblemática sentencia del TC 105/90 de 6 de junio, se ha distinguido, pero como temas complementarios, entre la libertad de expresión y la libertad de información. Y más tarde la sentencia de dicho TC 171/90, de 12 de noviembre concreta el carácter indisoluble de ambos derechos o libertades (expresión e información), cuando dice «que la comunicación periodística supone ejercicio no sólo de derecho de la información sino también del derecho genérico de expresión».

Todo lo anterior sirve para concretar, en el presente caso, la existencia del ejercicio del derecho de información (la lectura de una resolución judicial por una emisora de radio), como exponente del ejercicio genérico del derecho fundamental de libertad de expresión. Ahora bien, al lado de esa formulación constitucional del derecho de información, es necesario contemplar las propias limitaciones constitucionalmente establecidas a dicho derecho. Y así, hay que tener en cuenta, con arreglo a lo que preceptúa el artículo 10.2 del texto constitucional, las limitaciones establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuando en el mismo se dice que la libertad de comunicar informaciones, puede tener como límite la protección de la reputación. En otras palabras y en base al artículo 18.1 CE el límite puede estar en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Y en su concreta plasmación de desarrollo legal de la Ley de Protección Civil al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen de 5 de mayo de 1982. Estamos pues, y en la difícil frontera de la ponderación de las circunstancias cuando entran en colisión el derecho fundamental de informar y el derecho al honor.

La jurisprudencia del máximo intérprete de las normas constitucionales, ha evolucionado desde la fase de declarar la no prevalencia de la libertad de infor-

mación en relación al derecho al honor, a una última fase que considera preferente la libertad de información en cuanto es de todo punto necesario proteger aquel núcleo imbatible base de cualquier sistema de libertades; pasando por la teoría, como segunda fase, que propugna la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar la prevalencia —sistema de *balancing of interest*—.

Pues bien, teniendo en cuenta estas dos últimas teorías y el caso controvertido, cabe hacerse la siguiente pregunta, ¿debe decaer el derecho a informar de una locutora de *Antena-3 Radio S.A.* consistente en dar lectura extractada a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional, que afectaba a una persona que tenía la condición de Alcalde pedáneo, por estimar que tal lectura afectaba al honor de esta persona? Decididamente se debe responder negativamente. Ello por la concurrencia de los siguientes datos: a) La veracidad de la información. No hay lugar a duda de que la resolución judicial, en este caso sentencia, aunque no fuera firme, pues era susceptible de ser recurrida, gozaba de la calidad de verdadera. b) Interés público del contenido de la información. Desde luego dicho interés existía, desde el momento mismo en que el espacio radiofónico en cuestión tenía carácter local para una pequeña población, en la que todos los vecinos se conocen y se sabe perfectamente el cargo público que se ostenta, y sobre todo que en ese ambiente la noticia tenía lo que se denomina interés periodístico. Y dándose tales circunstancias se ha de excluir el ánimo de injuriar, lo que constituiría un auténtico límite de esa misma información. c) Que en el presente caso no ha habido transmisión de juicios y opiniones, sino una verdadera información de datos fácticos exactos y reales, por lo menos incluidos dentro de la realidad formal de una sentencia.

Como conclusión y para abreviar, hay que afirmar que en la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina jurisprudencial del TC, manifestada en la emblemática sentencia de 6 de junio de 1990, ratificada por las SS 171 y 172, ambas de 12 de noviembre del mismo año, en la que se acentúan los criterios de relevancia pública de prevalencia del derecho-deber de información veraz, a los del honor e intimidad. Toda ella estudiando los artículos 18 y 20 CE, y utilizándose el principio de proporcionalidad como vertebrador, no sólo del derecho a la información, sino de todos los derechos y comportamientos sociales. (STS de 4 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Una locutora de *Antena-3 Radio* lee un extracto de una sentencia que afecta al Alcalde pedáneo de la localidad de Baza. Éste interpone demanda de protección del derecho al honor contra la emisora y la locutora. El Juzgado de Primera Instancia la desestima. La Audiencia Provincial de Granada estima en parte el recurso de apelación promovido por el actor. Ha lugar al recurso de casación que interponen los demandados. (R.G.S.)

3. Síntesis de la doctrina constitucional sobre el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y los de libertad de información y expresión.—Con ello se viene a plantear el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, de otro, sobre el cual, la jurisprudencia del TC se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea

de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información, de la otra—, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reproables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SS, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992 y 28 de abril y 4 de octubre de 1993.)

Criterio del TS sobre la misma cuestión.—La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia. (STS de 16 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Con el título *Banda de provocadores fascistas al descubierto*, la revista *Interviú* publicaba un artículo ilustrado con fotografías en el que citaba nominalmente a uno de los supuestos provocadores. Éste y cuatro de los fotografiados interponen demanda de protección al honor contra el autor del artículo, el director de la revista y la empresa editoria. Se desestiman sucesivamente la demanda y la apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

4. La ilicitud de una información con resultado difamatorio depende de que no responda al ejercicio de un derecho con una base de hecho

veraz.—Esta Sala tiene declarado que, en la aplicación del referido artículo 7.7 se ha de tener en cuenta el elemento objetivo de las expresiones que puedan difamar o desmerecer en la consideración ajena, pero también se ponderará la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del artículo 8.1 de la citada Ley Orgánica, y el carácter verídico o razonablemente objetivo de las manifestaciones dentro del contexto de las mismas, pues toda información que pueda tener un resultado difamatorio, no incurre en ilicitud cuando corresponda al ejercicio de derechos con una base de hecho veraz (SS de esta Sala de 26 de noviembre de 1987, 11 de octubre de 1988 y 1 de junio de 1989), y, en este caso, las declaraciones difundidas por los medios de comunicación social reseñados, correspondían al espacio de la crítica y se expresaron con dureza y agresividad, sin embargo ofrecían opiniones sobre un hecho cierto —la preparación de opositores por el Secretario del Ayuntamiento de Elda para la convocatoria de once plazas de auxiliares municipales con carácter de empleados interinos—, de interés general y relativo a una persona que ejerce funciones públicas y tiene importante relevancia social en la comarca donde sucedieron los hechos, y de ahí, como exponen la sentencia de primera instancia y la traída a casación con aplicación de la dictada por TC en 17 de mayo de 1990, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1.a) CE] y el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz [art. 20.1.d) de la misma] han de primar sobre el derecho al honor, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. (STS de 26 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los recurridos efectuaron declaraciones, difundidas en los periódicos *La Verdad*, e *Información*, *Radio Elda* y la cadena de telecomunicación por cable *Tele Elda*, sobre el hecho de que el recurrente, Secretario del Ayuntamiento de Elda, preparaba opositores para los exámenes convocados por esta entidad local. Se manifestaba que el recurrente contaba con información privilegiada en materia municipal que podía transmitir en sus clases y el riesgo de filtración del examen al que por su cargo tenía acceso. Formulada demanda de protección civil del derecho al honor, fue desestimatoria de las pretensiones del actor. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

5. No existe solidaridad entre los medios de comunicación que publican la noticia supuestamente lesiva del derecho al honor. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario como consecuencia de la autonomía informativa de cada medio.—La solidaridad que, en la materia aquí examinada, proclaman las sentencias que invoca el recurrente se refiere a la existente entre el autor, el director y el editor del medio que publica la información, pero no se dice en ellas (ni en ninguna otra) que exista solidaridad alguna entre los distintos medios de comunicación que publican la misma o similar información, pues cada uno de ellos (con la solidaridad interna, antes dicha, entre el autor de la información, el director y el editor del medio en que la misma se publica) habrá de responder exclusivamente por la noticia o información por él publicada, pero no por la que publiquen otros medios de comunicación, pues todos ellos son independientes

entre sí y, por ende, asumen exclusivamente la responsabilidad que les pueda corresponder por la noticia o información por ellos divulgada, pero no la que pueda derivarse de la que otros medios publiquen. Mas el hecho de que no se produzca la solidaridad en el insólito sentido en que aquí la preconiza el recurrente, no quiere decir que exista el litisconsorcio pasivo necesario, que ha apreciado la sentencia recurrida y que es, en definitiva, lo que el recurrente viene a combatir con este motivo. Como cada medio de comunicación, con la plena autonomía informativa que le corresponde, es responsable de aquellas noticias que publique, el hecho de que varios medios hayan divulgado la misma información o noticia, no obliga al que se considere perjudicado en su honor por la misma, a demandar a todos los medios que la difundieron, ni a hacerlo dentro de un único proceso, pues puede dirigirse contra aquél o aquellos medios que tenga por conveniente, dada la autonomía informativa y, por ende, la responsabilidad exclusiva que a cada medio corresponde respecto a la noticia o información que dé a la publicidad.

Prevalencia del derecho de información sobre el derecho al honor cuando la noticia transmitida es veraz o ha sido diligentemente contrastada y se refiere a asuntos públicos de interés general.—Con respecto al siempre complejo tema de la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información, por un lado, y al honor, intimidad familiar e imagen, por otro, viene siendo doctrina jurisprudencial ya reiterada la de que el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, así como la de que todo medio de comunicación, antes de decidirse a dar a la publicidad una noticia de las expresadas características, que pueda afectar al honor de alguna persona, debe emplear un específico y razonable deber de diligencia en la comprobación de la veracidad. (STS de 28 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—En *Euskal Televista y Televisión Española* se difundió la noticia de que 10 miembros de ETA habían sido expulsados de Argelia y trasladados a Cabo Verde. Se emitieron las fotografías de 6 de los terroristas expresando debajo de cada una de ellas los nombres de los expulsados. El nombre que aparecía debajo de una de las fotografías correspondía a Ramón Sagarzazu Olazaguirre, de cuyos delitos se hizo relación. Idéntica información se publicó en los periódicos *Diario 16*, *El Diario Vasco*, *Deia*, y el *Correo Español—El pueblo vasco*. Las fotos procedían de la Agencia Efe y la que se decía corresponder al terrorista Ramón Sagarzazu Olazaguirre correspondía en realidad a don José Román Sagarzazu Echaide. Éste interpuso demanda de protección de su derecho al honor que fue estimada por el Juzgado de primera Instancia. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la *Agencia Efe*. Hizo un pronunciamiento absolutorio en la instancia y se abstuvo de entrar a conocer el fondo de la cuestión. El TS declara haber lugar al recurso de casación, desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y entrando a conocer el fondo de la cuestión litigiosa desestima la demanda interpuesta por don José Román Sagarzazu Echaide. (R.G.S.)

6. Colisión del derecho al honor y la libertad de información.—El problema que verdaderamente se plantea es el relativo a la preponderancia que deba concederse o no al derecho de información. Acerca de ello, ha de tenerse en cuenta que tanto por esta Sala, como por el TC, se viene señalando que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de los derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otros, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo. De igual modo, es doctrina jurisprudencial la de que «el artículo 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que denuncia el artículo 1, apartado 2 de la Constitución y que es base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (STC de 16 de marzo de 1981, recogida en las de esta Sala de 17 de mayo de 1991 y 28 de marzo de 1994) y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que pueda entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública». (S 171/1990, de 12 de noviembre, del TC, que igualmente recogen las de esta Sala de 11 de abril de 1992 y 30 de octubre de 1993). (STS de 14 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpone demanda el actor por entender que determinados reportajes periodísticos publicados por el *Ideal Gallego* le imputan la comisión de hechos delictivos relacionados con el narcotráfico. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apela la empresa editora del periódico y se adhiere a la apelación en los puntos que le eran perjudiciales el demandante. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y desestima íntegramente lo solicitado en la demanda. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

7. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y protección al honor.—Es doctrina jurisprudencial, constante y pacífica, emanada de las sentencias de esta Sala, la que establece que, en el tema de la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y protección al honor, ambos de proclamación constitucional en los artículos 18.1 y 20.1.d) CE respectivamente, no se pueden establecer apriorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro derecho, y que dicha delimitación ha de hacerse caso por caso.

Ahora bien, hay que resaltar que el derecho al honor, tanto en su aspecto interno de íntima convicción —inmanencia—, como en su aspecto externo de valoración social —trascendencia—, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración actual» de tal derecho de la personalidad, debe estar afectado por una tarea de ponderación con relación a la libertad de información,

teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, de ésta (SSTC 240/1992 y 336/1993). Y así se debe proclamar, puesto que la libertad de información del artículo 20.1 d) CE, además de tener el carácter de una libertad individual, indica que una opinión pública libre está indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático y al principio de legitimidad democrática que proclama el artículo 1.2 CE y que es la base de toda la ordenación jurídico-política.

Sin embargo, para que se dé tal prevalencia del derecho a la libertad de expresión, es necesario y preciso, según jurisprudencia constante de esta Sala corroborada por la emanada de SSTC, que se den los siguientes presupuestos: a) Que la información transmitida sea veraz. b) Que esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias que traten o por las personas que en ellos intervengan (SSTS de 17 de mayo de 1991, 11 de abril de 1992, 30 de octubre de 1993, 28 de marzo de 1994 y 25 de marzo de 1995, entre otras).

En el presente caso, existe un reportaje periodístico en el que bajo el título *Falcon Crest socialista, una turbia historia de amor, poder y dinero*, se emite una crítica contra dicho partido político y cualificados representantes del mismo, y que, al no haber sido atacado en cuanto a la veracidad de su contenido, debe ser respetado como medio de informar a la opinión pública. Ahora bien, ello no significa que, al socaire de tal información, pueda arremeterse contra el honor de una persona privada, aunque relacionada tangencialmente con los protagonistas políticos del tal reportaje. Y es lo que ha ocurrido en el referido trabajo periodístico, puesto que se habría dado la misma información a la opinión pública aun prescindiendo de concatenar una «turbia historia de amor».

De todo ello, se infiere que falta el segundo requisito de los especificados para la prevalencia del derecho a informar verazmente sobre el derecho al honor. Además, la anterior tesis está avalada por la jurisprudencia del TC en dos emblemáticas sentencias sobre el tema, como es la 107/1988 cuando en ella se dice que la eficacia justificadora de las libertades del artículo 20 CE pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamientos públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente, así como la 171/1990, al especificar que, cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, puedan constituir un ilícito las informaciones lesivas de estos derechos, como ocurre en relación a personas privadas involucradas en un suceso de relevancia pública cuando se comunican hechos que afecten a su honor y que sean manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información.

Derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, elevado al rango de derecho fundamental en el artículo 18.1 CE.

La jurisprudencia de esta sala define la imagen como la representación gráfica de la figura humana, y el derecho a la misma como el que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la misma (SS de 11 de abril de 1987, 13 de noviembre de 1989 y 10 de octubre de 1992, entre otras). (STS de 21 de octubre de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la revista *Época*, núm. 258, se publicó un reportaje titulado *Falcon Crest socialista*. —*Una turbia historia de amor, poder y*

dinero. Interpone demanda por violación de sus derechos fundamentales al honor y propia imagen doña A.A.T. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda rebajando considerablemente el *quantum* indemnizatorio pedido. Apelan el autor del reportaje, el director de la revista y la empresa editora. La Audiencia estima el recurso y revoca en todas sus partes la sentencia de instancia. Interpone la actora recurso de casación y el TS lo estima en parte declarando sólo la existencia de violación del derecho al honor de la demandante. (R.G.S.)

8. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima en el mismo.—La S de 11 de abril de 1987, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989 y 19 de octubre de 1992, define la imagen «como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella a efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, el derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad»; y el artículo 7, apartado 6 de la citada Ley Orgánica considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Contenido y alcance de la causa de exoneración del artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.—En tal cuestión ha de seguirse la doctrina contenida en la S de 9 de mayo de 1988, acogida sustancialmente por la de 29 de marzo de 1996, según la cual «Cuarta: Que si bien es cierto que el artículo 8.2 de la misma Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se produzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales, y ello cabe sostenerlo por la siguiente argumentación: a) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad a ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales; b) Porque así parece también desprenderse del tenor literal del número 1.º del artículo 8 de la repetida ley de 1982, cuando señala que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o natural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del TC en S de 26 de noviembre de 1984 en el sentido de que la ley sólo puede autorizar las intromisiones por imperativo de interés público, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la

imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo; c) Ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aun cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión». (STS de 3 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Los campeones de vela en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles (1984), don Luis D. y don Roberto M. demandan a la empresa cervecera *Damm S.A.* por la utilización incontestada de su imagen en los calendarios navideños de la entidad. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda rebajando la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación promovido por *Damm S.A.* El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los deportistas. (R.G.S.)

9. Relevancia del interés cultural susceptible de prevalecer sobre el derecho a la propia imagen.—Aun admitiendo el interés cultural que se resalta en la expresada campaña, ese interés no tiene un carácter relevante, que le haga prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a su propia imagen, dado que la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural. La referencia al interés cultural no puede ser una *patente de corso* de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural repetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural.

Derecho a la propia imagen.—La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cual sea la finalidad de esta difusión. El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (art. 8.2 de la Ley 1/82).

El derecho a la propia imagen, como derecho fundamental, es también un derecho de la personalidad que atribuye a la persona la facultad exclusiva a obtener, reproducir o publicar su propia imagen y, en su aspecto negativo, a impedir la obtención o reproducción y publicación de la imagen por un tercero. Éste es el contenido sustancial del derecho, que con precisión y exactitud define la S de

esta Sala de 11 de abril de 1987, citada y reproducida por otras resoluciones y que conviene recordar. Dice así: «Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos y contingentes, las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenece la imagen reproducida, origina un derecho al resarcimiento por violación de su derecho a la intimidad».

Derecho a la propia imagen de los menores. Requisitos para realizar actos de disposición de cualquiera de las facultades que lo integran.—Entre las personas cuyos derechos a la propia imagen fueron vulnerados se encuentra un menor de edad, respecto al cual cualquier acto de disposición o autorización sobre los derechos reconocidos en la Constitución y protegidos civilmente en la Ley 1/1982, habría requerido necesariamente la intervención del Ministerio fiscal. Los derechos fundamentales recogidos por la Ley Orgánica 1/1992, como derechos de la personalidad, tienen carácter irrenunciable e inalienable, aunque permiten determinadas limitaciones impuestas, unas, por la Ley, fundadas en el interés público y otras, por decisión voluntaria del propio titular del derecho, al que se le permite realizar actos de disposición de alguna de las facultades o poderes que configuran el contenido de esos derechos. Entonces, en realidad no hay intromisión ilegítima en el ámbito de protección jurídica del derecho fundamental de que se trate. La facultad de disposición sobre algunas de las facultades que integran estos derechos no está totalmente eliminada del tráfico jurídico, pero siempre es preciso que conste el consentimiento expreso del titular del derecho (art. 2.2), que puede prestarlo no sólo el sujeto que tenga plena capacidad de obrar, sino también los que tienen limitada su capacidad, como los menores e incapaces, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (art. 3.1). Sin embargo, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/82, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y el Ministerio Fiscal. (STS de 7 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En la portada del Boletín Informativo del Ayuntamiento de Madrid y en el marco de su *Campaña de respeto a los mayores*

aparece una fotografía en la que destacan un matrimonio mayor y un niño de pocos años. Interponen demanda de protección del derecho a la propia imagen de los padres del menor y el matrimonio fotografiado. El Juzgado de primera Instancia la desestima. Apelan los actores y la Audiencia, que revoca la sentencia del Juzgado, estima la demanda presentada condenando al fotógrafo y al Ayuntamiento a resarcir económicamente el daño causado. No ha lugar a los recursos de casación que la entidad y el profesional interponen. (R.G.S.)

10. El artículo 22 CE ampara los requisitos internos relativos a la organización y funcionamiento *ad intra* de los partidos políticos.—Los partidos políticos a tenor del artículo 6 CE son base esencial para expresar el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su regulación normativa está constituida por dos disposiciones preconstitucionales, como es por una parte la Ley 21/1976, de Asociaciones Políticas, en los preceptos aún vigentes, y por otra, la Ley 54/1978, de Partidos Políticos.

Asimismo el mencionado artículo 6 CE determina que la estructura interna y funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos, a tenor de lo cual el estatuto de funcionamiento de los mismos ha de estar impregnado de un total espíritu democrático, tesis plasmada, a su vez, en el artículo 3-2 f) y q) de la Ley 21/1976, y en el artículo 4 de la Ley 54/1978.

Manifestando todo lo anterior, será necesario concretar si el artículo 22 CE debe velar no sólo por el derecho de todo grupo humano a constituirse en partido político, sino también por los requisitos internos a la organización y funcionamiento *ad intra* del mismo. En otras palabras, si el estatuto jurídico que regula el derecho de los afiliados de todo partido político, tendente a asegurar su participación en el control y funcionamiento interno del mismo, puede y debe ser amparado por dicho precepto constitucional. A ello hay que contestar afirmativamente, a tenor de lo que se plasma en las sentencias del TC 10/1983 y 75/1985, cuando en ellas se afirma que la Constitución establece, con respecto a los partidos políticos, la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, y, además que deben respetar en su vida interna unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos, y dentro de estos parámetros jurisprudenciales es cuando se podrá solicitar el amparo judicial oportuno. (STS de 21 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Varios miembros de *Euskadiko Ezkerra* interponen demanda contra el partido suplicando, entre otras cosas, se declare la violación de su derecho de asociación al no haberse revisado con las debidas garantías jurídicas la sanción que les había sido impuesta por dicha formación política. Se desestiman la demanda y la apelación. El recurso de casación corrió idéntica suerte. (R.G.S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Simulación contractual. Nulidad.—Como afirma la sentencia recurrida, la causa no existió, no sólo por la fijación de un precio vil, demostrativo de la irrealidad del mismo, sino también porque tal escritura sólo es el resultado de un

previo concierto de voluntades entre quienes figuran en ella como comprador y vendedor para dar a entender una manifestación de voluntad distinta a la de su interno y real querer que no es otro que el de sustraer formalmente la finca del patrimonio del vendedor. Lo que a su vez, al no haber habido concurso alguno de la oferta y su aceptación sobre la cosa —que no se transmitía— y el precio —que no existía— también excluye el consentimiento. Es decir, nos hallamos ante un contrato simulado y por tanto plenamente nulo.

Acción rescisoria. Plazo de caducidad.—Resulta obligado examinar separadamente la acción de nulidad respecto de la rescisión en cuanto a los efectos que la excepción formulada pudiera producir en el efecto de una y otra. Así, respecto a la acción de nulidad ejercitada por la parte actora, dicha excepción deberá ser desestimada, toda vez que el negocio jurídico cuya nulidad se pretende ha de reputarse en tal caso inexistente y en consecuencia carente de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. Siendo así que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción según resulta del contenido del artículo 1310 CC. La acción de rescisión entendida como una forma de ineficacia de los contratos que obra por virtud de la ley y no por causa de voluntad de las partes o resolución, viene sometida al plazo de caducidad que establece el artículo 1299 CC. En cuanto al cómputo de dicho plazo ha de señalarse que como quiera que no existe referencia legal alguna para el supuesto que nos ocupa, el cómputo del mismo deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto, evitando la prolongación de la situación de interinidad creada y los propios de los interesados, que exigen el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar para remediarlo y, habida cuenta de que en el supuesto de autos el ejercicio de la acción penal imposibilitaba, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114 LECr, el ejercicio de la oportuna acción civil, procederá estimar válidamente ejercitada por la parte actora la acción de rescisión, toda vez que aquella se formuló una vez fue acordado el sobreseimiento libre de las diligencias penales. (STS de 4 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante reclamó el pago de una cantidad de dinero y solicitó la declaración de que dos escrituras públicas —una de compraventa y otra de constitución de hipoteca unilateral— se habían otorgado por los demandados en fraude de los créditos de los actores. Se pedía, además, la declaración de nulidad de las escrituras y de los consiguientes asientos registrales por entender que obedecían a negocios jurídicos simulados. La Sentencia de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A.R.G.)

12. Error como vicio del consentimiento. Requisitos.—Según la S de 18 de abril de 1978, para que el error invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 CC, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración (art. 1261-1^º); que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se

pretendía en el negocio jurídico concertado. De otra parte, recoge la S de 18 de febrero de 1994 que para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el CC no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, consagrado este último en el artículo 7 CC. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado con el empleo de una diligencia media o regular (S de 4 de enero de 1982). De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. Habida cuenta de los hechos del caso, existe un error invalidante del consentimiento que recae sobre las condiciones esenciales de la cosa vendida, como es la de su calificación urbanística determinante de su aprovechamiento en uno u otro sentido, habiendo sido inducido tal error por la conducta del vendedor que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos y que, en el presente caso, determina el carácter excusable del error padecido. Los vendedores recurrentes conocían los motivos o finalidad para los que eran adquiridos los terrenos siendo indudable la trascendencia jurídica de dicha motivación determinante de la prestación del consentimiento que, aunque no pueda confundirse con la causa del contrato, tiene la entidad suficiente, en caso de que resulte frustrada, para viciar el consentimiento prestado.

Efectos del error.—Según los artículos 1300 ss. CC el citado vicio del consentimiento es causa de anulabilidad de los contratos, no de inexistencia o nulidad de pleno derecho. En segundo lugar, al establecer el artículo 1300 CC las consecuencias de la nulidad declarada de la obligación no establece distinción entre nulidad absoluta o relativa y como dice la S de 22 de diciembre de 1989 sin que tampoco haya duda alguna en cuanto que el negocio jurídico inexistente o nulo con nulidad absoluta, si bien no produce efecto alguno como tal, no obstante, cuando a pesar de su ineficacia absoluta, hubiera sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1303 y 1307 CC, preceptos que deben ser extensivos también a los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos.

Interpretación del término «solar».—El artículo 1284 CC sólo entra en juego cuando la intención de las partes al contratar no ha sido precisada a través de las normas o reglas contenidas en los precedentes artículos 1281 y 1282 CC. La interpretación lógica de la sentencia recurrida no puede ser desvirtuada por la particular e interesada de los recurrentes, puramente subjetivista y carente de todo apoyo legal o gramatical. No tiene apoyo legal porque la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, vigente en la época de celebración de la compraventa, requiere, al dar el concepto de solar, que se trate de suelo urbano (art. 78) y que reúna los requisitos del artículo 82, características que concurrían en las parcelas vendidas. Y no tiene apoyo gramatical pues el término «solar» es definido por la Real Academia de la Lengua como «porción de terreno donde se ha edificado o que se destina a edificar en él», lo que implica una aptitud o posibilidad inmediata de

edificación. No debe olvidarse que la escritura pública fue otorgada ante Notario y que en ella se hizo constar la anterior condición de las parcelas como «tierra de secano con algarrobos». (STS de 28 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Pese a no reunir la cualidad urbanística de solar, la parte vendedora afirmó en la fase de negociación que el inmueble objeto de la venta cumplía aquella condición. Así se hizo constar en la escritura pública de compraventa. La parte compradora quería destinar el inmueble a fines industriales, y el vendedor construyó las casetas para las tomas de agua y de luz necesarias para la futura construcción, en contra de la prohibición de las ordenanzas municipales. El Juzgado de Primera Instancia declaró nulo el contrato. La Audiencia Provincial de Valencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los vendedores demandados. El TS declara no haber lugar a la casación. (A.R.G.)

13. La publicidad (folletos) integra el contenido del contrato. Artículo 8 LGDCU.—Conforme a lo establecido en numerosas sentencias como las SSTS de 14 de junio de 1976, 27 de enero de 1977 y 9 de febrero de 1981 (anteriores a la LGDCU, basándose en los artículos generales sobre obligaciones y contratos) y las más recientes de 7 de noviembre de 1988, 20 de enero de 1989 y 21 de julio de 1993 (que recurren al art. 8 LGDCU), los folletos de propaganda constituyen una clara oferta, debiendo tal publicidad integrar los contratos. Para que ello no sea así, es necesario que se excluya expresamente de los contratos el contenido de los folletos. No es requisito necesario para la aplicación de lo establecido en el artículo 8 LGDCU que se aprecie la existencia de engaño o fraude. (STS de 8 de noviembre de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El presidente de la comunidad de propietarios de la primera fase del complejo residencial *Don Alfonso* y el propietario de uno de los pisos que integran la segunda fase de dicho complejo, reclaman de la promotora vendedora la entrega del resto del terreno sin edificar, calificado como zona verde, el cerramiento del mismo, dotándolo de jardinería, columpios y, si fuera posible de acuerdo con el terreno, de piscina y pista de tenis. En Primera Instancia se estima íntegramente la demanda al entender que la oferta publicitaria integró el contenido del contrato. Los actores presentaron recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación que revocaba en su totalidad la sentencia de Primera Instancia. Dicho recurso fue estimado por el TS que anuló la sentencia y confirmó la dictada en Primera Instancia en lo referente a la entrega del terreno como zona verde (no lo relativo a los columpios, piscina y pista de tenis). En el recurso se alegaba que el contenido de los folletos publicitarios formaba parte de la oferta contractual y por tanto del contrato (con fundamento en el art. 8.1. LGDCU). (L.S.M.P)

14. Cláusulas abusivas. Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios conforme al derecho interno.—El ordenamiento español, hasta que no se adapte la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, exige para que pueda hablarse de una condición general sujeta al artículo 10-1.º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que reúna los requisi-

tos del apartado 2 del mismo precepto. De ahí que la asociación de consumidores y usuarios tenga legitimación para interponer una acción declarativa de nulidad de condiciones generales, en sustitución procesal de un concreto consumidor o usuario afectado, cuando la condición general lo sea según el artículo 10-2.º de la Ley 26/1984, esto es, cuando pueda demostrar que el consumidor no ha podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En ningún precepto legal hasta ahora se excusa a las asociaciones de consumidores y usuarios de la acreditación de este requisito subjetivo, otorgándoles una legitimación total y absoluta para ejercitar puras acciones declarativas de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas. No basta con ser legalmente una asociación de consumidores y usuarios.

Exclusión del efecto directo horizontal de la Directiva 93/13/CEE.—La Directiva 93/13/CEE ha de servir de guía para la interpretación de los derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a la misma, pero sin que sea aplicable directamente en cuanto confiere derechos a los particulares respecto de otros. Esa interpretación no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el artículo 10-2.º de la Ley 26/1984, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva contenido en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, en el que, a propósito de cláusulas redactadas previamente, basta que el consumidor «no haya podido influir sobre su contenido», lo que en realidad convierte a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado segundo de ese precepto. Por eso procede la aplicación del artículo 10-2.º de la Ley 26/1984, que requiere que el consumidor o usuario no pueda evitar la aplicación de tales cláusulas siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula sino que también se le exige que no haya podido eludir su aplicación. (STS de 20 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Carlos Luis A. y la *Unión de Consumidores de España* demandan al *Banco Atlántico S.A.*, solicitando en su demanda que se declare la nulidad de determinadas cláusulas impuestas por el Banco demandado como contenido del contrato de apertura de cuenta corriente que el señor A. F. concertó el día 27 de agosto de 1991, por vulnerar el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Los demandantes interponen recurso de casación directo contra la sentencia de Primera Instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29-32, de 21 de abril), exige su predisposición unilateral. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril), que no alcanza a la sentencia anterior, además requiere que éstas tengan intención uniformizadora y que haya imposibilidad de negociarlas (art. 1-1.º). La nueva ley sigue, pues, el mismo criterio que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio). (J.M.B.S.)

15. Cláusula abusiva. Artículo 10 LGDCU.—Afirma el TS que se ha de tener en cuenta como criterio interpretativo para integrar el artículo 10 LGDCU, la Directiva de la CEE núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, que define y declara la ineficacia de las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores (art. 3 de la Directiva). Dentro de la lista indicativa de cláusulas abusivas que contiene el anexo de la Directiva, se cita, en su letra g) el suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones procesales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas. El artículo 6.1 de la Directiva dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. En tal sentido, resulta abusiva la cláusula que obliga al consumidor a defenderse y litigar en Barcelona, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, con relativo beneficio para la otra parte, que cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales.

Cláusula de sumisión expresa a los juzgados de Barcelona.—Cuando dicha cláusula aparece inserta en un párrafo más amplio y con letra diminuta, formando parte de un contrato de adhesión, es necesario tenerla por nula y no puesta (art. 10.1 c-3.º LGDCU).

Competencia territorial.—En un contrato en el que la mercancía viaja desde Valencia a Lorca (domicilio del demandado) por cuenta y riesgo del vendedor, se entiende que éste entrega en el domicilio del comprador y éste es el que determina la competencia conforme a lo establecido en el artículo 62 regla 1.ª LEC (SSTS de 4 de junio y 4 de julio de 1984, 24 de enero, 24 de febrero y 30 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1991). (STS de 25 de noviembre de 1996.)

HECHOS.—*Salvat Editores, S.A.*, formuló demanda en reclamación de cantidad contra don A.P.C. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona. Don A.P.C. presentó un escrito promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lorca. *Salvat Editores, S.A.* presenta recurso de apelación contra el auto de Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona que accede al requerimiento de inhibición. La AP acordó estimar el recurso, pero al insistir ambos juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los autos al TS. El TS considera abusiva la cláusula de sumisión expresa y conforme al artículo 62.1 LEC declara competente para conocer del juicio al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lorca. (*L.S.M.P.*)

16. Solidaridad pasiva sin pacto expreso.—Si bien el artículo 1137 CC dice que la solidaridad procede cuando la obligación expresamente la establezca, la jurisprudencia actual reiterada y muy numerosa, no exige con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose dado así una interpretación correctora de este precepto, para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva. Se admite la existencia de solidaridad «cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo 1138 CC, por quedar patente la comunidad jurídica con

los objetivos que se han pretendido al celebrar el contrato». Además, «resulta suficiente que aparezca evidenciada la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum*» (SS de 26 de julio de 1989, de 29 de abril y 19 de diciembre de 1991 y de 26 de enero de 1994, entre otras), como sucede al reunir los obligados la condición de ser conjuntamente los comitentes de la obra, toda vez que fueron los que en actuación plural la encargaron y recibieron.

Condición de contratante como causa de exclusión del pago por cuenta de otro.—El pago por cuenta de otro es una conducta jurídica reconocida por la ley, bien como acto voluntario autónomo de quien resulta pagador, o bien cuando se actúa simplemente cumpliendo encargo del que está obligado a satisfacer la deuda, pero, en todo caso, quien paga no debe tener la condición de contratante en la relación obligacional de la que dimana el abono llevado a cabo. (STS de 17 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Ventura Pérez Ruiz S.A.* y don Francisco R. celebran un contrato de obra con doña Concepción C., don Pedro F., don Antonio F. y doña Concepción H. Aquéllos interponen demanda con la que pretenden que se condene a los comitentes a satisfacer a los actores la suma de veintidós millones cuatrocientas cuarenta y seis mil doscientas sesenta y cuatro pesetas (21.446.264 ptas.), correspondiente al precio de la obra. El Juzgado de Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados comitentes de la obra. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*J.M.B.S.*)

17. Contrato de compraventa. Interpretación del término «señal» expresado en el contrato. Necesidad de que la voluntad de las partes de establecer un pacto de arras penitenciales resulte clara y precisa y esté rotundamente expresada en el contrato.—Dice la S de 28 de marzo de 1996 que «esta Sala de Casación Civil, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene señalando que del empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio (SS de 31 de julio, 28 de septiembre y 24 de diciembre de 1992, 11 de abril de 1994 y 15 de marzo de 1995, entre otras); lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras», y añade que «a tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo llevada a cabo por esta Sala, en razón a su excepcionalidad y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario. Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados (SS de 4 de noviembre de 1991, 3 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1993, 21 de junio de 1994 y 24 de marzo de 1995), pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador —respetando la reglamentación del contrato— ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para conformar el negocio celebrado.»

La entrega de un talón bancario expresando meramente que su importe es «señal y parte de pago» no permite deducir la intención de las partes de

establecer un pacto de arras penitenciales.—Establecido en el contrato de 6 de octubre de 1986 que la entrega del talón bancario por importe de quinientas mil pesetas es «como señal y parte de pago», no puede entenderse, como hacen ambas sentencias de instancia, que tal entrega lo haya sido en concepto de arras que permitan, al amparo del artículo 1454 CC, desligarse a las partes del contrato celebrado en los términos que en ese precepto se establecen, desconociéndose por la Sala *a quo* la literalidad del documento en el que no resulta expresada esa voluntad clara y rotunda de las partes de establecer arras penitenciales. (STS de 18 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—En virtud del contrato de compraventa de inmueble celebrado entre las partes litigantes, el comprador entregó al vendedor un talón por cierto importe que según el contrato era «como señal y parte de pago». Al no entregarse el inmueble en la fecha acordada, el comprador formuló demanda en juicio de menor cuantía reclamando la declaración de validez del contrato en cuestión, el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y la entrega del inmueble contra pago del resto del precio, demanda a la que contestó la parte vendedora formulando reconvenición en la que se pedía la declaración de nulidad del contrato y, subsidiariamente, la resolución del mismo por desistimiento, considerando la parte del precio entregada como arras penitenciales que se comprometía a devolver duplicadas. Tanto la sentencia de instancia como la posterior de apelación estimaron parcialmente ambos pedimentos, declarando la existencia del contrato y su posterior resolución (aunque el Juzgado la califica como «rescisión»), con devolución de las arras duplicadas. El comprador interpone el recurso de casación. (M.C.B.)

18. Venta de cosa ajena: validez y consecuencias jurídicas.—Según tiene declarada esta Sala, la compraventa es sólo un contrato generador de obligaciones (SS de 6 de diciembre de 1898, 2 de septiembre de 1902). El vendedor no da, sino que se obliga a hacerlo, sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tiene que ser propietario de la cosa vendida, lo que lleva a aceptar la validez de venta de cosa ajena (SS de 5 de julio de 1958 y 5 de julio de 1976). Esta doctrina jurisprudencial superó la establecida en torno al artículo 1599 del CC francés, que no admitía la eficacia de la venta de cosa ajena; basándola en una interpretación lógica del artículo 1458 de nuestro CC, a su vez corroborada por lo dispuesto en el artículo 1478 del CC italiano de 1942, y recogiendo una antigua tradición establecida en el Derecho Romano, concretamente en el Libro XVIII, Título 1.º, fragmento 28 del Digesto de Ulpiano.

De la venta de cosa ajena surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño. En cuanto al primero de ellos, el TS afirma que, cuando existe una relación contractual perfectamente constituida (como ocurre en la presente *litis*), debe entrar en juego lo dispuesto en los artículos 1101 y concordantes del CC, como derivado del dato del incumplimiento a cargo del vendedor de la obligación de entrega de la cosa vendida; como también la jurisprudencia (STS de 9 de mayo de 1984) que proclama que el incumplimiento puede constituir *per se* un perjuicio, un daño y una frustración en la economía de la parte. (STS de 25 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Concepción Z.G. había vendido a la demandante una finca urbana de la que sólo era copropietaria, junto a sus hijos. Sin embargo, no pudo cumplir con la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa, como se había comprometido, porque la finca objeto del mismo fue vendida a otra persona. Incoada demanda en juicio de menor cuantía, la actora (compradora) reclama el otorgamiento de la correspondiente escritura pública sobre la finca objeto del contrato o bien que se declare la nulidad de la venta otorgada por los hijos de la demandada y se condene a la misma a otorgar escritura pública de compraventa en la parte indivisa que le corresponda por el precio pactado en la proporción de su participación en la propiedad, así como a indemnizar daños y perjuicios habida cuenta del incumplimiento parcial del contrato o, subsidiariamente, se declare nulo y resuelto de pleno derecho el contrato firmado entre las partes y se condene a indemnizar daños y perjuicios en la cantidad que se establezca en la ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia declaró inexistente o nulo el contrato celebrado en cuanto a los codemandados, hijos de la vendedora, y válido respecto a esta última, que viene obligada a indemnizar al actor en los daños y perjuicios que le haya causado al no poderle entregar la parte indivisa de su propiedad. La Audiencia Provincial revocó parcialmente esta sentencia, absolviendo a doña Concepción Z.G. de los pronunciamientos instados en su contra. El TS casó la sentencia de la Audiencia, confirmando el fallo del Juzgado de Primera Instancia, concretando, además, que los daños y perjuicios se determinarán en la fase de ejecución de sentencia partiendo de la base que, como mínimo, el parámetro lo constituirá el beneficio obtenido por la vendedora. (V.M.L.)

19. Doble venta de inmuebles: el principio de prioridad registral del párrafo 2.º del artículo 1473 CC y el requisito de la buena fe.—El párrafo 2.º del artículo 1473 CC da preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles al adquirente que antes haya inscrito su propiedad en el Registro. Aunque el precepto no hace mención a la existencia de buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo artículo 1473 CC, la necesidad de que concurra este requisito ha sido señalada tanto por la doctrina como por una reiterada jurisprudencia del TS (SS de 31 de enero de 1985, 30 de junio de 1986, de 23 de enero de 1989, 20 de julio de 1990 y 10 de abril de 1991, entre otras). En ella se concreta, además, que la *buena fe* a la que se alude aquí, *no es un estado de conducta* como ocurre en las obligaciones y contratos, *sino de conocimiento*, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama (STS de 23 de enero de 1989). Y resulta un presupuesto necesario para que opere la protección privilegiada que en el artículo 34 LH se contiene (STS de 30 de junio de 1986).

Igualmente es doctrina reiterada de esta Sala la de que «la buena o mala fe es una *cuestión de hecho* cuya determinación compete al Juzgador de instancia en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos ampliamente examinados en la instancia» (STS de 30 de junio de 1986). De esta forma, a partir de la

Ley 10/1992, de 30 de abril, su impugnación casacional sólo podrá hacerse alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el cauce procesal del actual núm. 4 del artículo 1692 y con invocación de las normas valorativas de prueba que se estimen infringidas. (STS de 27 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En el litigio objeto de autos se discute la preferencia entre dos adquisiciones del mismo inmueble, por adjudicación en distintos juicios en que resultó aquél embargado. La primera de ellas fue realizada por el actor que, tras abonar el precio alcanzado en la subasta, entra en posesión del bien y realiza diversos actos dominicales, si bien no inscribe su dominio porque hasta años más tarde no tiene del Juzgado la escritura pública de venta. La segunda adquisición se realizó por la entidad demandada, la cual, aunque había adquirido con posterioridad en otro juicio ejecutivo, inscribe primero en el Registro la finca.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda planteada por el primer adquirente en la que se solicitaba que se declarase definitivamente a su favor el dominio del local, así como la nulidad de la adjudicación y del título extendido a favor de la entidad demandada y de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia, apreciando en su integridad la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—Cierta jurisprudencia y sobre todo un sector importante de la doctrina han venido interpretando que la tipificación de la *doble venta* y, en consecuencia, la aplicación del artículo 1473 CC exige para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera todavía no haya sido consumada, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas. Por tanto, resulta muy difícil pensar que concurre esta calificación en el caso de autos, si tenemos en cuenta que el primer comprador había desembolsado íntegramente el precio del bien comprado tres años antes del momento en el que se le adjudicó al segundo, entrando desde entonces en la posesión del bien y realizando actos dominicales, tales como constitución por acta notarial de incorporación de la maquinaria que había en la nave a ésta, obras de diversa índole, pago de los gastos de comunidad correspondientes al edificio, e incluso había arrendado la nave a un tercero. Más bien cabría pensar que nos encontramos ante un supuesto de venta de cosa ajena. (V.M.L.)

20. Acción contradictoria del dominio por doble adjudicación judicial sucesiva de un mismo inmueble a dos adjudicatarios diversos, como resultado de dos juicios ejecutivos independientes seguidos sobre el mismo inmueble. La buena fe obliga al adquirente a una conducta activa para que su adquisición sea protegible.—Procede indicar que esta Sala, en S de 30 de enero de 1960, ha declarado que la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente, y como en el momento de la adjudicación judicial del inmueble objeto del litigio, tras la subasta celebrada en el procedimiento seguido en Barcelona, ya existía otra precedente en los autos ejecutivos tramitados en Madrid, llevada al Registro de la Propie-

dad mediante la aportación de la documentación motivadora del correspondiente asiento de presentación, nada obsta a la conclusión de la sentencia recurrida sobre que la venta judicial en Madrid pudo ser conocida por los terceros interesados en la adquisición del local, que figuraban implicados en otro procedimiento judicial afectante al mismo inmueble, máxime cuando, como argumenta la resolución citada, quedaban obligados a agotar el cuidado para descubrir la real situación de la finca, y la consulta registral para este fin, era el medio idóneo para alcanzar dicha noticia, y, por consiguiente, para conocer la consumación de la adquisición inicial, sin que las derivaciones finales de la caducidad del asiento incidieran en la validez de la transmisión.

Negación de la existencia de doble venta. Al haberse consumado totalmente la primera adquisición, lo que existe en el segundo caso es una enajenación de cosa ajena.—Por demás, según ha declarado esta Sala en SS, entre otras, de 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986 y 11 de abril de 1992, la tipificación de la doble venta requiere, para su existencia, la no consumación de la primera al tiempo del perfeccionamiento de la segunda, puesto que, en caso contrario, se produce la situación de enajenación de cosa ajena por falta de objeto de la posterior, que jurídicamente deriva en la inexistencia de ésta, cuya figura se ha generado en el tema litigioso, donde *Viajes Ejecutivo, S.A.*, obtuvo el local por adjudicación judicial, inclusive con el subsiguiente acto posesorio de la presentación del título de propiedad en el Registro, antes de que *Viajes Euroclub, S.A.* ganara una situación que, en realidad, carecía de contenido material, pues el local cuestionado no pertenecía entonces al ejecutado, como argumenta acertadamente la sentencia traída a casación, y esta calificación afecta igualmente a don Mateo M.F. y a los sucesivos adquirentes, al haber sido compradores en contratos de venta de cosa ajena o, lo que es lo mismo, inexistente, lo que supone que nada se les podía transmitir. (STS de 25 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos empresas incoan procedimientos ejecutivos en lugares geográficos diversos sobre un mismo inmueble, logrando ambas su adjudicación, si bien con unos días de diferencia. La que primero adquirió presentó el auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad, aunque no se procedió a la inscripción en firme porque era necesario reanudar previamente el tracto sucesivo. La segunda en adquirir, presentó tanto su título de adquisición como el de su transferente, la empresa ejecutada, con lo que logró inscribir su derecho en firme antes que la primera adquirente. Esta última demandó el reconocimiento de su dominio y la nulidad de la inscripción de propiedad a favor de la segunda en adquirir, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y totalmente acogida por la sentencia de apelación. La empresa segunda adquirente y un subadquirente posterior a quien ésta transmitió, interponen el recurso de casación. (M.C.B.)

21. Acción de cumplimiento de contrato de compraventa de inmueble e indemnización de daños y perjuicios. La incongruencia de la sentencia recurrida en casación sólo puede ser denunciada por los condenados en la sentencia, salvo que la condena produzca un perjuicio a la parte recurrente.—El motivo se estima precisamente por esta última circunstancia, que revela el interés de los recurrentes en una impugnación del fallo porque les perjudica. Si así no hubiese sido, esa incongruencia denunciada, que efectivamente existe, no

podía ser denunciada por ellos sino por los vendedores condenados, que son los obligados por la declaración judicial, y no lo han hecho. Todo esto, naturalmente, sin perjuicio del derecho de los compradores a rechazar la devolución de lo ofrecido si no es lo que entregaron (arts. 1157 y 1176 CC), porque la sentencia no les condena a ellos, ni podía hacerlo, a recibir el pago.

Para enervar el cumplimiento extemporáneo del comprador y tener por resuelto el contrato, es preciso el requerimiento resolutorio que contempla el artículo 1504 CC, requerimiento que no cabe entender implícito en la demanda de pago del primer plazo del precio hecha por los vendedores a los compradores.—No consta en autos el requerimiento resolutorio que el artículo 1504 CC exige para enervar el posible cumplimiento extemporáneo del acreedor. Este requerimiento, judicial o extrajudicial, es la declaración del vendedor por la que manifiesta su voluntad de resolver el vínculo por impago del precio, dirigida al comprador para que se allane a dicha resolución. Nada de esto han hecho los vendedores, hoy recurridos, por lo que no es admisible que se dé por resuelto el contrato litigioso. Lo único que hicieron fue demandar a los compradores en acto de conciliación para que se avinieran a cumplir el primer plazo de los pactados para el pago del precio, pero absolutamente nada más. Es erróneo ver en ello una declaración «implícita» de resolución, confirmada por el que desde entonces hasta la fecha en que los compradores quieren cumplir (cerca de cinco años después de celebrarse la compraventa litigiosa en documento privado), haya habido un total silencio.

La intención de resolver un contrato ha de quedar expresamente manifiesta, sin que el silencio pueda suplir al necesario rendimiento resolutorio.—El requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC exige una voluntad manifestada expresamente con esa finalidad, y no puede en modo alguno ser suplido por interpretaciones o conjeturas sobre la voluntad de las partes. El silencio no equivale a la resolución formal exigida por el precepto. Además, a ello hay que agregar accesoriamente la consideración elemental de que los vendedores no devolvieron los cuatro millones de pesetas recibidos, ni hicieron nada para ofrecerlos y consignarlos ni han dicho ni demostrado que con la no devolución se resarcían de perjuicios hipotéticos. Sólo consta que, cuando se ven demandados en este pleito, ofrecen devolver tres millones.

Los daños sufridos por los compradores estriban en que no han dispuesto del precio pagado durante mucho tiempo, pero no alcanzan a un hipotético lucro cesante no demostrado.—No hay más dato objetivo para establecer el daño sufrido (*sic*) por los compradores que el hecho cierto y evidente de que los vendedores se han lucrado con los intereses que pueden producir los cuatro millones de pesetas que recibieron. Fuera de ello, no se podía dar ninguna indemnización por meras conjeturas y suposiciones, ni mucho menos por lo que los vendedores ganaron volviendo a vender el inmueble. No se ha probado lo más mínimo que había una base razonable para considerar que los compradores también lo iban a vender, o que lo iban a destinar a fines comerciales o industriales con lo que obtendrían una ganancia. Indemnizar los daños entonces no sería más que indemnizar meros sueños de ganancia, y esto no es lo que protege el artículo 1101 CC.

La indemnización de daños y perjuicios también tiene fundamento en la imposibilidad de cumplir en que voluntariamente se colocó la parte vendedora al enajenar el inmueble nuevamente.—Válida y eficaz la segunda venta sobre el mismo objeto que anteriormente fue vendido por la parte demandada a la parte

actora, teniendo en cuenta que la primera obró sin resolver el primer contrato (que no llegó a consumarse por la *traditio*), y que del mismo no desistieron los compradores, es consecuencia necesaria que se colocó aquélla por su propia voluntad en una situación que le imposibilita cumplir lo que en primer lugar se acordó con anterioridad al segundo contrato. Ello da origen a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados a los actores. Tales daños y perjuicios han de cifrarse, por las razones apuntadas en el apartado séptimo de los fundamentos de derecho de esta sentencia, en los intereses legales de los cuatro millones de pesetas por los compradores a los vendedores, además de esta cantidad, desde el momento en que la parte demandada imposibilitó por su voluntad el cumplimiento, al enajenar el objeto a *Sacon, S.A.* (STS de 26 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado un contrato privado de compraventa de inmueble entre las partes litigantes, en virtud del cual el comprador había entregado una parte del precio, compraventa que no se había perfeccionado con la entrega, el vendedor procedió a vender y entregar el inmueble en cuestión a un tercero, sin devolver ni requerir de resolución a la parte compradora, que interpuso demanda en juicio de menor cuantía ejercitando una acción de nulidad de la segunda venta, la acción de cumplimiento del contrato citado y la de indemnización por los daños y perjuicios causados. Tanto la sentencia de instancia como la posterior de apelación entendieron que se había producido un mutuo desistimiento del contrato, por lo que desestimaron las pretensiones del demandante, que interpone recurso de casación. (M.C.B.)

22. Condición resolutoria expresa por impago del precio en la venta de inmuebles: el artículo 1504 CC.—Según señala el TS, la aplicación de las prescripciones contenidas en los artículos 1124 y 1504 CC, particularmente la referente a la resolución contractual, se encuentra supeditada a una cuestión de índole fáctica, como es la falta de pago del precio en el tiempo convenido por parte del comprador, y, por tanto, sujeta en cuanto tal a la apreciación del Juzgador. Por otro lado, no hay que olvidar la tradicional y casi constante doctrina seguida por nuestro TS en esta materia, que no es otra que la que considera que «el incumplimiento previsto en el artículo 1504 —impago del precio en el tiempo convenido— no puede estar representado por un simple retraso en el cumplimiento de semejante obligación, pues requiere la concurrencia de una voluntad inequívocamente obstativa al respecto, que venga a frustrar el fin económico del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor, es decir, en definitiva, la existencia de un impago prolongado en el tiempo y carente de justificación razonable». (STS de 4 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante don Evaristo G.G. compró a la mercantil *Tarkis, S.A.* una parte indivisa equivalente a 12 enteros 5 centésimas de una finca, haciéndose constar asimismo en la escritura pública de venta, suscrita el día 4 de mayo de 1984, que la participación transmitida daría derecho al adquirente en su día a la adjudicación de un local comercial en la planta baja de dicho edificio. El precio de compra pactado fue de 30 millones de pesetas, de las que se pagaron en el

acto de la firma de la escritura 14 millones, habiéndose satisfecho un millón con anterioridad. El resto debía pagarse en doce letras de cambio de 1.250.000 pesetas cada una con vencimientos los días 4 de cada mes a partir del 4 de junio de 1984. Las partes además acordaron que la falta de pago de la cantidad aplazada o de cualquiera de las letras de cambio a su vencimiento tendría el carácter de condición resolutoria explícita del contrato. Las letras de cambio fueron satisfechas por el comprador sin ningún problema, a excepción de la de 4 de marzo de 1985, debido a una carta recibida por éste en la que los demás copropietarios del edificio donde se encontraba la participación indivisa ponen en su conocimiento, entre otras cosas, una serie de limitaciones en relación con el uso y destino de la planta baja que perjudicaba su posición contractual. Ante el impago de la letra, la vendedora, a través de requerimiento notarial de fecha 1 de abril de 1985, intenta la resolución del contrato. Posteriormente el comprador satisface las letras de vencimiento 4 de abril y 4 de mayo de 1985, y con fecha 21 de mayo de ese mismo año consigna ante Notario la anterior letra insatisfecha de 4 de marzo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada por el comprador, que solicita se declare definitivamente perfeccionado el contrato de compraventa litigioso, y desestima la demanda del vendedor, acumulada a la anterior, en la que se pedía la resolución del contrato por cumplimiento de la condición resolutoria (impago del último plazo del precio aplazado), así como también la condena a la pena convencional estipulada en la misma. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente esta sentencia. El TS no apreció el recurso de casación interpuesto por la parte vendedora. (V.M.L.)

23. Acción de división de la cosa común. La cesión de la mitad indivisa del dominio sin causa onerosa o contraprestación alguna constituye una donación pura y simple que requiere escritura pública como requisito *ad solemnitatem* de validez.—Al carecer, en definitiva, como ya se ha dicho, esa llamada cesión por doña Encarnación A. L. de su mitad indivisa del piso de causa onerosa o contraprestación alguna por parte del que pretende beneficiarse de la misma, la sentencia recurrida ha procedido correctamente al calificarla de donación pura y simple, la cual, como la propia sentencia dice, carece de eficacia alguna, al no haber sido instrumentada en escritura pública, como el artículo 633 CC exige con el carácter de requisito constitutivo o *ad solemnitatem* para la validez de toda donación de bienes inmuebles, por lo que la expresada sentencia no ha incurrido en infracción alguna de dicho precepto. (STS de 5 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los integrantes de una pareja de hecho compran una vivienda en mitades indivisas, elevando el contrato a escritura pública. Posteriormente, una de las partes ejercita acción de división de la cosa común, a lo que la otra se opone aduciendo que la mitad perteneciente a la demandante le había sido cedida en un documento privado manuscrito que aporta. La sentencia de instancia y la de apelación, conformes de toda conformidad, condenan al demandado a estar y pasar por la división o venta en pública subasta del inmueble, por lo que interpone el presente recurso de casación. (M.C.B.)

24. Arrendamiento de obra. Responsabilidad decenal por vicios ruinosos: artículo 1591 CC.—Según manifiesta el TS en esta sentencia, los defectos declarados por la Sala de instancia y que condena a reparar «son de entidad suficiente para aplicar el artículo 1592 (*rectius*, 1591 CC), pero además la demanda se fundó tanto en dicho precepto como en los artículos 1101 y 1258 CC, esto es, en lo pactado, que también genera obligación de reparar lo mal hecho por los vinculados contractualmente».

Es reiterada y conocida la jurisprudencia de esta Sala que mantiene que la acción fundada en el artículo 1591 CC, permite condenar solidariamente a todos los demandados que con su conducta han contribuido a los defectos funcionales o ruina del edificio, cuando no se pueda discernir respecto de cada uno de ellos la proporción y el grado de contribución al daño. Y tiene también dicho que al constructor se equipara la figura del promotor. Sin embargo, esta solidaridad no entraña litisconsorcio pasivo necesario. De ahí que, aunque no fuera demandado el constructor del edificio, sino sólo la promotora, el arquitecto y el aparejador, la relación procesal esté bien entablada y al no condenado no le afecte la sentencia, lo que no impide que pueda iniciarse contra este último otro litigio por cualquiera de los que fueron parte en el presente. (STS de 24 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Presidente de una Comunidad de Propietarios interpuso, en nombre propio y en beneficio de la misma, demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre daños y perjuicios en la construcción contra la promotora y los arquitectos del inmueble. En ella solicitaba que se declarase que los demandados habían incumplido sus obligaciones contractuales en cuanto que los garajes de la Comunidad no reunían las condiciones necesarias que se establecieron en el proyecto, la fachada del edificio estaba inacabada y la memoria de calidades no se había respetado por la promotora.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda presentada. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y, estimando en parte la demanda, condenó a todos demandados al cumplimiento de sus obligaciones respecto de la construcción de la rampa del garaje del edificio, y a la promotora en cuanto a la instalación de las escaleras de mármol según lo pactado, la colocación de instalaciones contra incendios en el garaje y, por último, el abrillantamiento y pulido del piso propiedad del actor. El TS no apreció el recurso de casación interpuesto por la promotora-demandada. (V.M.L.)

25. Concepto de ruina a efectos de la responsabilidad decenal en el contrato de obra.—La definición de ruina ha sido ampliamente elaborada por la jurisprudencia de esta Sala, evolucionando desde el concepto de ruina física hasta llegar al de ruina funcional, al señalar que el término de ruina que utiliza el artículo 1591 CC no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra (ruina física), sino que hay que extenderlo y ampliarlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacer la edificación inútil para la finalidad que le es propia, en consonancia con las necesidades y exigencias del mundo de la construcción, en el que confluyen intereses y supuestos complejos, de no siempre fácil delimitación de las responsabilidades

respectivas (SS 8 de junio de 1987; 31 de octubre de 1979; 11 de enero de 1982; 30 de septiembre de 1983; 17 de marzo de 1984; 20 de diciembre de 1985, etc.). (STS de 16 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Un conjunto de propietarios de un edificio de Albalate, actuando en nombre propio y en beneficio de la comunidad de propietarios, demandaron a la entidad constructora del edificio, solicitando la reparación de ciertas anomalías aparecidas como eran: grietas en el techo de algunos pisos, desprendimiento de algunos azulejos, desperfectos en las solerías, mala colocación de la carpintería de aluminio, recalos en la cubierta del edificio, humedades en la segunda planta del sótano destinada a garaje y revestimiento de la fachada desprendido en algunas zonas. Se hizo constar el hecho fundamental, relativo a que la reclamación se efectuó cinco años después de que se otorgara la calificación definitiva del edificio. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la demandada, desestimando la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado y condenó a la demandada a subsanar los defectos constructivos que recogió el Juez en la diligencia de inspección ocular. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la constructora, al considerar probado que en el edificio cuestionado existen defectos ruínógenos de los comprendidos en el artículo 1591 CC. (*L.F.R.S.*)

26. Ruina por vicios de la construcción (art. 1591 CC): su imputabilidad.—El artículo 1591 CC distingue tres clases de vicios en el contrato de obra, de acuerdo con la diferenciación de tareas profesionales: ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto (SS de 12 de noviembre de 1970; 21 de diciembre de 1981; 15 de julio de 1983 y 17 de junio de 1987, entre otras muchas). Con todo, la ruina de un edificio puede deberse a la concurrencia de distintas causas que impiden separar responsabilidades *ex* artículo 1591 CC, lo que ha llevado a una jurisprudencia consolidada del TS en el sentido de condenar solidariamente a todos los que han intervenido en su edificación (SS de 17 de febrero, 26 de abril, 22 de mayo, 7 de junio y 30 de octubre de 1986; 4 de abril y 27 de octubre de 1987, entre otras). Sin embargo, como recuerda la Sala 1.^a en esta sentencia «la responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de vicios ruínógenos de que adolezca la obra edificada (art. 1591 CC) es, en principio y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio».

La responsabilidad del constructor y del arquitecto técnico.—La aparición de los aparejadores en el ámbito de los técnicos intervinientes en la construcción obliga a deslindar sus responsabilidades de las concernientes a los arquitectos, «correspondiendo a éstos, en términos generales, las derivadas de defectos tanto del proyecto básico como del de detalle o de la alta dirección, dirección superior o mediata, en relación con el suelo o las circunstancias concretas de la obra o de su designación de materiales o soluciones constructivas inadecuadas; más, cuando el proyecto de ejecución contiene la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sis-

temas constructivos y equipos y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente antes y durante la ejecución de la misma, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, la mala colocación de las telas asfálticas y la falta de adherencia de los morteros, como fallos constructivos de ejecución, han de atribuirse al constructor (hoy en su concepto amplio) y a los aparejadores, directores inmediatos y vigilantes de las mezclas, una vez que el proyecto contenía las suficientes especificaciones para la colocación de aquéllas y en cuanto desatendieron el cumplimiento fiel de las instrucciones comprendidas en el proyecto de la obra, infringiendo así el contenido de los artículos 2 del Decreto de 16 de marzo de 1935 y 1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, regulador de las facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos, a quienes corresponden, entre otras, las obligaciones de «inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas, y ordenar la ejecución material de la obra; siendo responsable de que ésta se efectúe con sujeción del proyecto a las buenas prácticas de la construcción, y con absoluta observancia de las órdenes e instrucciones del Arquitecto Director» (art. 2 del primer Decreto) o, como se expresa en el segundo, «inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación» (art. 1.º a).».

Las sociedades de gestión inmobiliaria y su condición de promotor.—Las sociedades de gestión inmobiliaria, como así se autodenominan, cuando de hecho son auténticas promotoras, según el sentido jurisprudencial, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de una Comunidad de Propietarios (de la que dicen actuar como representantes o mandatarios), si ello, además reviste la finalidad fraudulenta de evitar que se les aplique el artículo 1591 CC. (STS de 3 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios *San Roque de Durango* interpuso demanda de menor cuantía por vicios ruinógenos, con base en el artículo 1591 CC contra los cuatro arquitectos autores del proyecto y directores de las obras de construcción de las casas de autos; los dos aparejadores; la sociedad de gestión inmobiliaria (*Renosa*), encargada de la constitución, desarrollo, gestión y administración de la Comunidad; la mercantil (*Acotesa*) encargada de prestar asistencia y asesoramiento de control de la edificación y, por último, la empresa constructora.

El Juzgado de Primera Instancia, indiscutidos los vicios ruinógenos y establecido pericialmente que éstos derivaban directamente de un fallo manifiesto de la ejecución de la obra (por errónea colocación de las telas asfálticas y la falta de adherencia del mortero de sujeción de las plaquetas), absolvió a los arquitectos, por no encajar los hechos en el ámbito de su responsabilidad y a *Renosa* por considerar que no se trataba de una promotora, condenando solidariamente al resto de los demandados a realizar las reparaciones necesarias. Apelada la sentencia del Juzgado por la Comunidad de Propietarios, los aparejadores y *Acotesa*, la Audiencia, partiendo igualmente de que nadie discutió los vicios ruinógenos por la mala ejecución de la obra, dada su evidencia y que parte de las fachadas se derrumbaron mientras se tramitaba el pleito, condenó asimismo a los arquitectos, por abarcar su responsabilidad a la «proyección y concepción de las obras correctamente, así como la

dirección, inspección y vigilancia mediata de la ejecución en debida forma», y a *Renosa* al considerar que actuaba como verdadera promotora y así hacía constar en la publicidad. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de los arquitectos, en el sentido de anular respecto de los mismos la sentencia de la Audiencia y confirma la absolutoria del Juzgado, mientras que rechaza el recurso interpuesto por *Renosa*. (V.M.L.)

27. Arrendamiento de obra. Plazo de ejercicio de la acción del artículo 1591 CC.—Es doctrina consolidada por esta Sala la que distingue en el artículo 1591 CC dos plazos distintos de garantía, no confundibles en ningún caso con los de prescripción. En el párrafo primero se plasma la normal garantía decenal que cubre los vicios ruinógenos de la construcción en relación con el contratista, y los vicios ruinógenos del suelo y la dirección en relación con el Arquitecto. De esta forma, apreciada la ruina dentro de este período de garantía (los diez años), a partir de este momento el perjudicado contará con los 15 años del plazo prescriptivo general del artículo 1964 CC, que empezarán a contarse de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, proclamada en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal.

«El segundo plazo de garantía, se regula en el párrafo 2.º del citado artículo 1591 CC, y se refiere a una causa agravatoria, como es cuando la ruina se debiere “a la falta del contratista a las condiciones del contrato”, en cuyo supuesto el plazo de garantía se prolonga hasta los 15 años, plazo que tampoco puede confundirse con el de prescripción, que opera de la misma forma antes descrita (SS entre otras muchas de 17 de julio y 4 de diciembre de 1989; 4 de diciembre y 3 de julio de 1989; 15 de octubre de 1990; 15 de julio de 1991, etc.). Y esta interpretación del párrafo segundo debe ser la correcta, pues difícilmente se entenderá que el incumplimiento de las reglas genéricas de la profesión, esté menos sancionado que un específico incumplimiento contractual». Para que surja la responsabilidad del contratista en este caso debe aparecer claramente probado: el incumplimiento específico del contrato de ejecución de obra, y la existencia de una relación directa entre ese incumplimiento y los daños ruinógenos. (STS de 17 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ha sido objeto de este procedimiento el ejercicio de la acción decenal del artículo 1591 CC por parte de la Comunidad de Propietarios de la C/ Mariano Aser de la ciudad de Burjassot, contra la empresa que fue promotora-constructora (*Probelsa*) y los tres arquitectos que proyectaron y dirigieron las obras, en relación con los desperfectos sufridos en los edificios situados en los números 33 y 35 de la citada calle.

Son datos probados a tener en cuenta, respecto de la responsabilidad derivada del artículo 1591 párrafo 1.º CC, que la construcción de los edificios se tuvo por terminada y entregada el 23 de abril de 1977, cuando fue expedida la cédula que calificaba definitivamente las viviendas de protección oficial; y los vicios ruinógenos aparecieron el día 25 de febrero de 1989, con motivo de un fuerte viento huracanado que asoló la zona y provocó, entre otros daños, el levantamiento de parte de la cubierta del edificio formada de chapa ondulada. Y, en cuanto a la responsabilidad del contratista *ex* artículo 1591 párrafo 2.º CC, que la modificación del primitivo proyecto en lo relativo al cambio de

cubierta se debió a una decisión tomada por la dirección técnica de la obra, y no por el contratista.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por las dos Comunidades de Propietarios por haber transcurrido el plazo de garantía. La Audiencia desestimó el recurso de apelación, confirmando íntegramente la resolución de la instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (V.M.L.)

28. Calificación del contrato como arrendamiento de local de negocio por naturaleza y no como arrendamiento de oficina.—Dice la invocada S de 4 de mayo de 1966 que «la nota diferencial que sirve para distinguir el arrendamiento de local de negocio propiamente dicho, según la definición del artículo 1 LAU, del arrendamiento de local destinado a oficinas cuando el arrendatario se valga de él para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo a que se refiere en su artículo 5, consiste en cual sea la actividad que en él se desarrolla, de suerte que cuando el local represente lo esencial en el ejercicio de la industria se estará ante un arrendamiento de local de negocio por naturaleza, mientras que, por el contrario, cuando el local sea meramente una parte secundaria o accesoria del negocio o centro de operaciones que radica en otro lugar distinto se estará ante un arrendamiento de local de oficinas propiamente dicho»; en el mismo sentido, afirma la S de 22 de marzo de 1994 que «es jurisprudencia consolidada de esta Sala, coincidente con la doctrina científica mayoritaria, la de que cuando el local representa lo esencial en el ejercicio de la industria o comercio se estará ante un arrendamiento de local de negocio por naturaleza, mientras que, por el contrario, cuando el local sea meramente una parte secundaria o accesoria del negocio, que radica en otro lugar distinto, se estará ante un arrendamiento de local destinado a oficinas propiamente dichas, o sea, que el local de negocio representa lo esencial en el ejercicio de la industria o comercio y, por ello, lo hace objeto de una protección especial, mientras que la oficina es una parte accesoria o secundaria del negocio, que puede radicar indistintamente en cualquier lugar. El RDLeg 1298/1986, de 28 de junio, de Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, dice en su artículo 11 que «a los efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea, se entiende por “entidad de crédito” toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de crédito u operaciones de análoga naturaleza», en tanto que en el apartado 2 de este artículo 1 se incluye entre las entidades de crédito así definidas a los Bancos.

Indiscutido en autos que las actividades realizadas por *Banco Hispano-Americano*, hoy *Banco Central Hispano-Americano*, en el local arrendado son las anteriormente descritas, características y esenciales de su función de intermediación en el crédito, el contrato constituido sobre el referido local ha de ser reputado como de local de negocio por naturaleza y no como de arrendamiento de oficina cual hacen los Juzgadores de instancia, con infracción de los preceptos legales citados y de la doctrina jurisprudencial expuesta, puesto que la actividad en él ejercitada no puede calificarse de accesoria o secundaria del giro o tráfico Bancario que constituye la actividad propia de la demandada-recurrente.

Determinación de la indemnización en caso de resolución de arrendamiento de local de negocio por causa de necesidad.—Tratándose de arrendamiento de local de negocio, la indemnización a percibir por el arrendatario no está sujeta a la limitación de dos anualidades de renta o, en su caso, de una anualidad que se establece en el inciso final del artículo 70.4.º LAU para los contratos incluidos en el núm. 2 de su artículo 5, sino que rige el sistema de libertad de pacto entre arrendador y arrendatario y, a falta de acuerdo, habrá de llevarse a cabo su fijación por la Junta de Estimación teniendo en cuenta los criterios que enumera el artículo 73.3 de la repetida Ley. La desaparición de la Organización Sindical, obstativa a la constitución de la Junta de Estimación en los términos del artículo 152 LAU, hace necesario acudir a otros procedimiento jurídicos para la determinación de la indemnización a percibir por el arrendatario ante la falta de acuerdo de las partes, cuestión que es resuelta por la S de esta Sala de 28 de febrero de 1987 señalando que «cuando la Junta no puede constituirse en la forma literal prevista en la Ley al originarse en la misma una laguna sobrevenida (desaparición de la Organización Sindical) ... aunque el fin pretendido por el legislador pudiera obtenerse también por otros mecanismos, cual señala la Audiencia, ello no permite atribuir a los órganos jurisdiccionales incompetencia por razón de la materia, pues, en definitiva, habrá de acudir a los mismos por el desacuerdo de las partes y por la existencia de un cierto vacío, al que se ha hecho alusión, siendo entonces los únicos que pueden satisfacer la efectividad del derecho pretendido y, por insuficiencia de la Ley, buscar una de las posibles fórmulas de completar el ordenamiento jurídico, con tal de que no se produzca indefensión, lo que en el caso que nos ocupa no ocurre, ante la imposibilidad de constituir en acto de jurisdicción voluntaria el organismo arbitral, paritario o arbitrador, y tener abiertas las puertas en el proceso para la práctica de todo tipo de pruebas, incluso la pericial en similares circunstancias a las que habría de tomar en consideración la Junta, resultando ajeno a los Tribunales que tal facultad no se utilizase y que, como consecuencia de ello, cargue cualquiera de las partes de su actuar o no actuar, a más de que, en todo caso, con Junta o sin ella, con prueba pericial o no, la fijación del *quantum* indemnizatorio siempre constituye potestad moderadora de los Tribunales»; como procedimiento idóneo en estos casos atípicos de imposibilidad de constitución de la Junta de Estimación por dicha causa, la referida sentencia reconoce serlo el de acumulación de acciones, una para la determinación de la indemnización y otra para la resolución contractual «pues, acumulándose las acciones en el trámite que ofrece más garantías, se satisface la exigencia concretando la indemnización, no dando lugar al desalojo hasta que aquélla se produzca y si no se verifica en el plazo que se señale, teniendo por prorrogado el contrato, cual, en definitiva, prevé el artículo 73.1 LAU, computándose el plazo en la forma prevista en el propio artículo 73.4». Doctrina que aplicada al caso aquí contemplado, lleva a la estimación del motivo en examen al no haberse procedido a la determinación de la indemnización que, de acuerdo con el inciso inicial del artículo 70.4.º de la Ley arrendaticia, habría de percibir la entidad demandada como arrendataria de un local de negocio, y no ser posible el desalojo del local sin la previa percepción por el arrendatario de la indemnización fijada, ya sea de común acuerdo o, en defecto de éste, en la forma señalada en la citada sentencia de 1987, determinación del importe de la indemnización que ni siquiera ha sido intentada por el arrendador al partir de una equivocada calificación del contrato como arrendamiento de local destinado a oficina. (STS de 21 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de un local de negocio interpuso demanda de resolución del contrato por causa de necesidad, sosteniendo que se trataba de un arrendamiento de local destinado a escritorio y oficina. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda, pero el TS dio lugar al recurso de casación, estimando que la calificación del contrato era el de arrendamiento de local de negocio propiamente dicho, pues se destinaba a la actividad bancaria, calificación que produce el efecto de calcular el importe de la indemnización de una manera distinta a la que se prevé para el caso de local de negocio destinado a escritorio y oficina. Nuestro Alto Tribunal señala que el importe de la indemnización será fijado por los órganos judiciales a través del procedimiento de acumulación de acciones. (L.F.R.S.)

29. Imperatividad del artículo 32 LAU 1964 en cuanto a los requisitos exigidos para la existencia legal del traspaso.—Al establecer el artículo 32 LAU 1964, en su párrafo inicial, que «serán requisitos necesarios para la existencia legal del traspaso los siguientes» que enumera en los seis apartados de que consta el precepto, está imponiendo, con carácter imperativo o de *ius cogens* (S de 22 de abril de 1991) la concurrencia en el traspaso de todos y cada uno de esos requisitos, con la consecuencia establecida en el párrafo final de ese artículo 32 de que «la falta de cualquiera de estos requisitos facultar al arrendador a no reconocer el traspaso» y así lo reitera la S de 18 de enero de 1966 en que se declara que «conforme al párrafo último de dicho artículo 32 cuando falta cualquiera de los requisitos que el precepto establece, el arrendador está facultado para no reconocer el traspaso operado, pues por la simple renuncia a los derechos de tanteo, retracto y aumento de rentas, no se vacía por completo el artículo 32 LAU, ni exime de cumplir los que quedaron subsistentes»; siguiendo así una constante doctrina jurisprudencial, pues como dijo la sentencia de 31 de marzo de 1962, en relación al texto entonces vigente «la facultad que la LAU en su artículo 29 concede al arrendatario, de enajenar el uso del local arrendado obligando al arrendador, sin contar con su voluntad, a vincularse con un tercero, como excepcional que es, ha de ajustarse en su ejercicio a todas aquellas garantías a que el ordenamiento jurídico la condiciona, particularmente las que tienden a asegurar por el arrendador de los derechos integrantes del dominio y la libre disposición mediante el tanteo».

El arrendador puede ejercitar el derecho de tanteo y el de retracto, para lo que se requiere que conozca la forma de pago del traspaso.—A este respecto dijo la S de esta Sala de 30 de junio de 1962 «que la forma de pago convenido para el traspaso es circunstancia que también debe notificarse fehacientemente al arrendador, pues si la facultad de éste por su derecho de tanteo es el de preferencia para la adquisición con las mismas condiciones convenidas entre el arrendatario y el tercero, el conocimiento del precio y de su forma de pago y plazos de pago, es circunstancia esencial para la decisión del arrendador», interpretación del requisito de la notificación del «precio convenido» que ha de ser mantenida; no son precisas mayores argumentaciones para poder afirmar que la decisión que adopte el arrendador acerca del rescate del uso del inmueble arrendado mediante el ejercicio del derecho de tanteo va a estar condicionada no sólo a la cuantía del precio del traspaso sino también y de forma sustancial por la forma de pago y, en su caso, en los aplazamientos pactados entre cedente y cesionario. De ahí que al no haberse notificado en este caso a la arrendadora el aplazamiento que, sin recargo alguno

por razón de intereses, de las cantidades aplazadas, concertaron aquéllos en la escritura de traspaso, tal notificación no se acomode al texto del artículo 32, núm. 4.º de la Ley arrendaticia, lo que faculta a la actora recurrida a desconocer el traspaso, de acuerdo con el párrafo final del citado artículo 32 y a resolver el contrato al amparo de la causa 5.ª del artículo 114 LAU. El ejercicio de esta facultad resolutoria fundada en el incumplimiento de los requisitos que para el traspaso legal establece el repetido artículo 32, no resulta contradicho por el artículo 36 de la misma Ley; así lo reconoció la S de 19 de noviembre de 1953 diciendo que «aunque es cierto que el artículo 48 –hoy art. 36– reconoce en favor del arrendador el derecho de retracto sobre el local de negocio traspasado por el arrendatario cuando éste no le hubiera hecho la preceptiva oferta, ello no es obstáculo, y así parece indicarlo la palabra «también» con que comienza el citado precepto, a que le asista el derecho a desconocer el traspaso y a instar la resolución del contrato de arrendamiento según dispone el último párrafo del artículo 45 –hoy art. 32– en relación con la causa 3.ª del artículo 149», y en el mismo sentido la sentencia de 22 de septiembre de 1955 afirma que «la notificación carente de eficacia legal es como no haberla hecho, caso en el cual los artículos 48 y 149 –hoy arts. 36 y 144– LAU conceden al arrendador dos derechos sin limitar al titular la opción entre ambos, puede ejercitar libremente cualquiera de ellos»; doctrina jurisprudencial que debe ser mantenida al no existir circunstancia alguna que justifique su variación o cambio. (STS de 10 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.–La arrendadora de un local de negocio interpuso acción de resolución del contrato contra los arrendatarios y contra la adquirente por traspaso del citado local, por causa de traspaso ilegal o inconstituido, basándose en que la notificación recibida en orden al ejercicio del derecho de tanteo sólo expresaba el precio del traspaso, pero no la forma de pago y su aplazamiento, pues al realizarse la escritura de traspaso, el adquirente sólo pagó una parte del precio al contado, aplazándose el resto de precio sin devengo de intereses. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y estimó la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (L.F.R.S.)

30. Arrendamientos urbanos. Resolución de arrendamiento de local de negocio por fusión de Sociedades.–Es doctrina de esta Sala (manifestada en SS como la de 13 de mayo de 1992; 8 de febrero, 17 de marzo y 8 de octubre de 1993) la que mantiene que «los casos de fusión de sociedades producen efectos resolutorios de los contratos de arrendamientos urbanos concertados por las entidades que se integren en la nueva y que continúa con la titularidad del contrato locativo por el simple hecho de la continuidad en la posesión del local litigioso; siendo de notar, no obstante, que la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, dio nueva redacción al apartado 4º del artículo 31 LAU, estableciendo en su artículo 19 que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, con el derecho que se fija del arrendador a subir la renta; pero bien entendido que tal nueva legislación no es aplicable al supuesto litigioso al no tener efecto retroactivo, ya que se suscitó con anterioridad a esa nueva normativa» (STS de 14 de marzo de 1995).

Este efecto no retroactivo no puede reconocerse, según afirma nuestro Alto Tribunal en esta sentencia, al socaire de una interpretación sociológica del artículo 31.4 LAU, según su redacción inicial, a cuyo tenor «análogamente, no se reputará causado el traspaso cuando las sociedades cambien de forma por ministerio de la Ley» por cuanto, en primer lugar, el texto legal se refiere al cambio de forma, es decir, a la adaptación por el ente social de una forma societaria distinta a la que originariamente tenía, lo que en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 se regulaba en su capítulo VIII como «transformación» de la sociedad, figura distinta de la «fusión» regulada en el mismo capítulo (arts. 112 ss.). En segundo lugar, porque el artículo 31.4 se refiere a los cambios de forma impuestos por ministerio de la Ley, no a los producidos de forma voluntaria. Y, finalmente, porque, como tiene advertido este Tribunal (STS de 7 de enero de 1991), los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la Ley, sino sólo para suavizarla.

En el caso particular de las Compañías aseguradoras, la irretroactividad del artículo 19 de la Ley 19/1989 tampoco encuentra una excepción por vía de una posible derogación expresa o tácita por parte de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de la Ordenación de los Seguros Privados respecto de la LAU de 1964, en su artículo 114.5.^º, pues, por un lado, esta última no figura entre las disposiciones expresamente derogadas y, por otro, de la desigualdad de materias y de la falta de identidad de los destinatarios de ambas normas se desprende la no existencia de contradicción o incompatibilidad entre sus fines, sin que del articulado de la repetida Ley 33/84 pueda llegarse a la conclusión de que el legislador, al reconocer a las entidades aseguradoras la facultad de fusionarse entre ellas, pretenda derogar o modificar en todo o en parte el artículo 114.5.^º LAU entonces vigente. (STS de 31 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Carmen M.A. formuló demanda de juicio especial arrendaticio, contra la Compañía *Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros* solicitando se dicte sentencia en la que se declaren resueltos los contratos de arrendamiento de dos locales situados en Barcelona, al haberse producido la fusión por absorción de la entidad arrendataria (*Occidente Compañía Española de Seguros, S.A.*) o la actual ocupante de los locales (*La Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros*), adoptando esta última la denominación social de *Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros*, con extinción de la personalidad jurídica de la primera (*Occidente Compañía Española de Seguros, S.A.*). Son datos relevantes al caso: la fecha de fusión de ambas compañías, acordada en las Juntas generales Extraordinarias de Accionistas de ambas sociedades celebradas el 11 de julio de 1987; la de otorgamiento de escritura de fusión por absorción, el 16 de noviembre de 1988, que tuvo acceso al Registro Mercantil el 10 de febrero de 1989; así como también la fecha del litigio, iniciado antes del 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda presentada por la arrendadora-demandante. La Audiencia Provincial, estimando el recurso interpuesto por la actora, revocó la sentencia de la instancia y declaró resueltos los contratos de arrendamiento litigiosos. El TS decla-

ró no haber lugar al recurso interpuesto por *Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros*. (V.M.L.)

31. Arrendamientos rústicos: contratos excluidos de la LAR (interpretación del art. 7.1.3.ª).—Según la norma citada quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAR, los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas cuyo valor en venta sea superior al doble del precio que normalmente corresponda en la *comarca* o *zona* a las de su misma calidad o cultivo. Aunque en este precepto no se contiene ninguna referencia al municipio y sólo a la zona o comarca, resultaría contrario a su sentido y finalidad jurídico-práctica, según señala el TS en esta sentencia, efectuar la comparación de precios con terrenos lejanos. Pues lo que pretende es que la confrontación se lleve a cabo en un ámbito cercano, que en el país gallego resulta más factible, teniéndose en cuenta la importante incidencia de la parroquia como comunidad geográfico-social y dentro de las mismas los diversos lugares que la integran (en este sentido, las SS de 7 de abril de 1993 refieren la comparación entre las fincas litigiosas y otras cercanas y la de 20 de diciembre de 1993 en la de los alrededores). Cuando se trata, como en el caso de autos, de varias fincas que forman una unidad y crean una institución jurídica con respaldo legal, como sucede en Galicia con los lugares acasados (arts. 50 a 55 de la Ley 4/95, de 24 de mayo, del Derecho Civil de Galicia), ha de atenderse no al valor de alguna de las fincas, sino a la unidad configurada por todas la que la integran (SS de 3 de junio de 1988 y 29 de noviembre de 1993).

La condición de profesional de la agricultura: artículos 14 y 76.1.ª LAR.—Reiteradamente ha declarando esta Sala 1.ª que «la situación de pensionista de la Seguridad Social no priva de la condición de profesional de la agricultura, al tratarse de estado, conforme al artículo 14, que asiste a quien de modo profesional se dedica a los trabajos del campo y lo diferencia del cultivador profesional, que tampoco se pierde, al requerir dedicación exclusiva con consideración, en todo caso, de profesionalidad a los efectos de la Ley de 31 de diciembre de 1980, y exige llevar la explotación por sí o con ayuda de familiares convivientes (SS de 4 de abril de 1992; 14 de diciembre de 1992; 27 de julio de 1993 y 26 de febrero de 1994)».

Arrendamientos rústicos históricos.—Esta denominación es aplicable, según señala la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, en su artículo 1-b, a aquellos arrendamientos que hayan sido concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando el arrendatario sea cultivador personal. En el mismo sentido se pronuncian las Leyes gallegas de 10 de diciembre de 1986, que decretó su prorrogación hasta el 31 de diciembre de 1988, la Ley de 12 de febrero de 1987, que la estableció por cinco años más a partir de los vencimientos respectivos y en la actualidad se mantienen hasta el año 2005 (Ley de 16 de abril de 1993). La Ley 4/1995 que regula y recopila el Derecho civil de Galicia, también prevé, en su DT 2.ª, que los arrendamientos rústicos denominados históricos que estuviesen vigentes, se prorrogarán por los plazos en las condiciones señaladas por su propia normativa. (STS de 11 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente, doña Paloma F. —como actora de la demanda del primer pleito en beneficio propio y para la comunidad de herederos de su difunta madre—. interesó la resolución del contrato de

arrendamiento rústico de unas fincas situadas en La Coruña, por haber perdido los demandados su condición de profesionales de la agricultura o, bien, subsidiariamente, por estar el contrato de arrendamiento litigioso excluido del ámbito de la vigente LAR al tener las fincas un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo, siendo aplicable el CC en cuanto a la expiración del último período de prórroga legal.

Don Juan José Salvador B. L. (hijo del matrimonio arrendatario de las fincas litigiosas) promovió posteriormente demanda solicitando su derecho a acceder a la propiedad de las mismas en los términos establecidos en el párrafo 1.º del artículo 98 LAR 1980 (actualmente derogado por la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos), ya que la fecha del arriendo se remonta, al menos en su origen, al año 1927.

Acumulados ambos pleitos en un mismo proceso, el Juez de Primera Instancia desestimó en su resolución las pretensiones de ambas partes. La Audiencia confirmó la sentencia apelada en la parte que desestimaba en su integridad la demanda formulada por doña Paloma F. y la revocó en la parte que se refiere a la demanda acumulada por don Juan José Salvador B. L., declarando que éste tiene derecho a acceder a la propiedad de las tierras en los términos establecidos en el artículo 98.1 LAR, debiendo abonar a la otra parte en metálico y al contado la cantidad conforme a lo dispuesto por la Ley. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia, el TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto. (V.M.L.)

32. Se pierde la cualidad de cultivador personal cuando al arrendatario le sustituye otra persona en la explotación de la finca.—En el caso que nos ocupa sólo se hace referencia al inciso segundo del párrafo primero: «No se perderá la condición de cultivador personal, aunque se utilicen uno o dos asalariados en caso de enfermedad sobrevenida, o de otra justa causa que impida continuar el cultivo personal». El sentido literal que el legislador ha dado al precepto, viene referido a la existencia de un cultivador personal que por enfermedad, u otra causa justificada, no puede seguir llevando la explotación por sí, o con la ayuda de familiares que con él conviven, sin utilizar normalmente asalariados. Caso distinto de aquel asalariado (en el presente caso el hijo no conviviente) que «sustituye» al arrendatario anciano o incapacitado, y lleva directa e independientemente la explotación de la finca. Y hemos resaltado la expresión sustituye porque es la que reiteradamente utiliza el recurrido en su recurso, atribuyéndosela indebidamente al legislador: Sustituir equivale a poner una persona o cosa en lugar de otra (Real Academia de la Lengua), y esa acción de cambio no es lo que autoriza el precepto legal. El legislador parte de un cultivador personal acreditado como tal, que no puede seguir llevando la explotación como venía haciéndolo, debido a la existencia de una enfermedad sobrevenida u otra causa justificada, pero ése no es el supuesto a tener en cuenta según los hechos probados.

Distinción entre la situación de pensionista y la de incapacidad absoluta para efectuar todo trabajo.—La jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que la situación de pensionista no priva al arrendatario de su condición de cultivador personal, pero también tiene puntualizado que una cosa es ser pensionista, y otra distinta es la incapacidad absoluta para efectuar todo trabajo, y la

asunción de las funciones propias de la explotación por un tercero que le sustituye (SS 6 y 26 de febrero de 1992; 18 de diciembre de 1993; 28 de abril de 1994). (STS de 12 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de una finca rústica interpuso acción de resolución del contrato contra la arrendataria, basándose en que ésta no tenía el carácter de cultivador personal. A su vez, la arrendataria interpuso demanda solicitando el acceso a la propiedad por tratarse de un arrendamiento inmemorial. La arrendataria tenía setenta y cinco años de edad y no estaba capacitada para realizar tareas agrícolas de ninguna clase, teniendo importantes dificultades para llevar las gestiones y el control de la tramitación burocrática correspondiente a la explotación de la finca y su ganado. La explotación de la finca es llevada a cabo en la actualidad por el hijo de la arrendataria, que no convivía con ella. Producida la acumulación de procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda formulada por el arrendador, dando lugar a la resolución del contrato, y desestimó la solicitud de acceso a la propiedad pedida por la arrendataria. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación interpuesto por la arrendataria, desestimó la petición de resolución del contrato y admitió la de acceso diferido a la propiedad. El TS dio lugar al recurso de casación y confirmó el fallo del Juez de Primera Instancia. (*L.F.R.S.*)

33. Validez del contrato de arquitecto aunque no se hayan cumplido las complementarias formalidades escritas de carácter administrativo.—Al exigir así la Sala de instancia que el contrato de arrendamientos de servicios celebrado entre un arquitecto y su comitente ha de constar por escrito en la llamada «hoja de encargo», está desconociendo la reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario recogida en las SS de 10 de febrero de 1989, 24 de octubre de 1990, 15 de abril y 24 de junio de 1991, citadas por extenso en el motivo; dice la S de 15 de abril de 1991 que el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impide la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez» (art. 1278 CC), y, como dice la S de 30 de mayo de 1983 tales principios inspiradores del susodicho sistema espiritualista que en nuestro Derecho instaura el Ordenamiento de Alcalá y mantiene inalterado el vigente CC, se proyecta sobre aquel contrato en cuya virtud se encarga a un arquitecto la elaboración de un proyecto de edificación sin que pueda afectar a la validez del contrato el no cumplimiento de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, garantizadoras de la observancia de ciertas exigencias cuyo incumplimiento por decisión unilateral de una de las partes no puede dejar a la otra sin posibilidad de reclamar su derecho a la compensación debida; en el mismo sentido la S de 10 de febrero de 1989 afirma que la circunstancia alegada como fundamento, o sea, no haberse presentado en el momento oportuno en el citado Colegio por parte del arquitecto señor C.H. la oportuna «hoja de encargo» no implica que cual pretende el recurrente y por virtud del artículo 9-1 del Estatuto general para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos, el citado Colegio no pudiera reclamar los honorarios que consideraba debidos al indicado profesional, ya que lo único que hace referido precepto es señalar la obligación que los colegiados tienen de comunicar el encargo a su respectivo Colegio, lo

cual no pasa de ser un deber u obligación colegial cuyo incumplimiento no puede provocar la nulidad radical (como se pretende por la recurrente), ni siquiera la anulación del negocio arrendaticio de obras, de servicio, o de obras y servicios celebrado por el arquitecto señor C.H. con el demandado recurrente, toda vez que sólo es una mera fomalidad dirigida a acreditar la previa existencia de un concierto entre el Arquitecto en cuestión y el dueño de la obra, y consiguientemente, la falta de referido requisito no provoca la invalidez del contrato —S de 9 de abril de 1956—.

Prueba de la existencia del contrato de arquitecto. Acto propio del demandado.—La prueba aportada a los autos acredita la existencia de una relación contractual, aunque verbal, entre el demandante don José María M. D. y la sociedad demandada *Monocosmos S.A.*, encuadrable dicho contrato en la categoría de arrendamiento de servicios que tenía por objeto los que el primero habría de prestar a la segunda en su condición de arquitecto; la existencia de dicho contrato surge no sólo de las manifestaciones de los testigos que en la época del contrato eran socios de la sociedad demandada e intervinieron en los tratos y conversaciones habidos entre las partes sino, y más fundamentalmente, de la carta de 4 de septiembre de 1990, a que se refiere el anterior fundamento jurídico, en la que paladinamente la demandada reconoce adeudar al actor una determinada cantidad en concepto de honorarios profesionales y se la remite por conducto bancario; ello constituye un acto propio de la recurrida en el sentido que a esta figura atribuye la jurisprudencia de ser un acto que «por su carácter transcendental o por constituir convención, causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir un derecho», y su fuerza vinculante para la parte no puede ser desvirtuada por las alegaciones que acerca de los motivos por los que se ofreció el pago de aquella cantidad se hacen en la contestación a la demanda, ajenos a toda idea de hacer pago de unos honorarios debidos. (STS de 29 de noviembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Un arquitecto reclamó una cantidad a una constructora en concepto de honorarios profesionales por los trabajos realizados sobre una proyectada urbanización de la demandada. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y desestimó la demanda, por no haberse cumplimentado la llamada «hoja de encargo» por las partes contratantes. El TS dio lugar al recurso de casación admitiendo la validez del contrato y decidió la cuestión de fondo condenando a la demandada a satisfacer al arquitecto la cantidad que reconoció adeudarle en una carta dirigida al actor. (*L.F.R.S.*)

34. Contrato de aparcamiento. Negación de que el deber de custodia por parte de la empresa encargada del estacionamiento de vehículos sea el elemento diferencial entre los contratos de garaje y aparcamiento, pues en ambos debe entenderse implícito tal deber.—La rotunda distinción que establece la sentencia impugnada en el aspecto jurídico entre los dos modelos que descubre, apuntando sus rasgos de contratación no está avalada ni por la doctrina, ni por las decisiones judiciales de manera que pueda considerarse pacífica, como en ella misma se reconoce. Más bien las sentencias de las Audiencias y la representación que sobre el fin del contrato se forja en los usuarios responde a opiniones

que reclaman la guarda y vigilancia del vehículo como elemento «normal» del contrato, puesto que mediante la contraprestación del precio que se paga habitualmente a la salida con la entrega del vale se permite la retirada del vehículo. La terminología no sirve tampoco para establecer distinciones apresuradas; mientras «garaje» es una palabra de origen galo, que significa «local destinado a guardar automóviles», «aparcamiento» replica a la voz inglesa «*parking*», contempla la acepción de «lugar destinado para aparcar vehículos», esto es «para colocar convenientemente el vehículo en la zona de que se trate». Aparcamiento, por tanto, es término que sólo expresa el efecto de una acción sin que implique, de suyo, una organización empresarial, ni un acotamiento de terrenos que sean objeto de industria. En la práctica, y de acuerdo con la semántica corriente atendiendo al concepto de negocio, en sentido económico, «garaje» es palabra que aparece constreñida a locales reservados cuyo uso queda limitado a usuarios habituales que guardan en él sus coches, en plaza determinada, ya sea de su propiedad, ya sea arrendada por precio único que no tiene en cuenta las horas de permanencia ni los días, sino períodos temporales de mayor duración (meses o años...), mientras que el aparcamiento o «*parking*», entendido más allá de su acepción neutra, como empresa que cobra un canon, supone un local o terreno acotado, (al que no se puede entrar libremente con el vehículo) con casetas o controles de acceso, en los que se expende, manual o mecánicamente, un tiquet o boleto que principalmente marca la hora y el día de entrada del vehículo conducido por el usuario que debe estacionarlo en cualquiera de las plazas disponibles, circunstancia que generalmente se anuncia, por medio de una oferta pública, según carteles avisadores que indican si el espacio destinado se halla «completo» (sin ninguna plaza disponible) o «libre» (con plazas disponibles); y, con casetas o controles de salida que obligan para retirar y llevarse el coche a abonar antes el precio establecido por horas o días de permanencia, conforme a módulos proporcionales. Ninguna razón, fundada en Derecho, apoya que las empresas propietarias o concesionarias de estos servicios de aparcamiento, tengan que ser dispensadas en contraposición a los garajes del deber de guarda y custodia que incumbe a las mismas para cumplir adecuadamente las obligaciones que asume al celebrar contratos con los usuarios.

El de aparcamiento es un contrato atípico de naturaleza mixta que aúna elementos de los contratos de arrendamiento y depósito y que comporta un deber de vigilancia del vehículo estacionado.—Este Tribunal considera que el llamado «contrato de aparcamiento», es de naturaleza atípica al carecer de regulación propia en nuestro ordenamiento y de índole mixta pues su configuración contiene elementos del contrato de arrendamiento, (parcela expedita donde estacionar) y elementos del contrato de depósito (obligación de restitución), junto con las demás prestaciones accesorias que se pacten. Es verdad que de ser estos aparcamientos negocios que exigen la máxima utilización para el mayor número de usuarios, desde el punto de vista de su rentabilidad, la agilización de las operaciones no favorece la posibilidad de identificación del vehículo aparcado, ni de su propietario o usuario, pero de tal dificultad no se infiere que no se haga entrega cuando se entra en el recinto y se estaciona, de un automóvil, cosa específica y determinada por su matrícula, marca y otros signos. Otra cuestión serán los problemas de prueba en caso de sustracción o eventos semejantes. La legítima expectativa del usuario de recuperar su coche, cuando decide recogerlo no es algo intrascendente o ajeno al contrato. No cabe establecer un hiato entre el momento en que se aparca el coche y el momento en que se retira, durante el cual

no haya ningún deber por parte del titular del «parking». Para cumplir con la restitución ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo. Esta concepción del aparcamiento retribuido como contrato que implica custodia y guarda del vehículo, forma parte de las convicciones generalizadas y usuales acerca de su contenido, como lo demuestra, en escala menor, y puramente espontánea la práctica de los llamados «gorrillas» o de otro modo, que ofrecen en la vía pública por una modesta propina, servicios de vigilancia y, en un terreno más ambicioso y totalmente sofisticado, los proyectos que se publican en las grandes capitales sobre los llamados aparcamientos «inteligentes», promovidos por corporaciones públicas, con la modalidad de cajas cerradas que son distribuidas por medios robóticos, y que permiten plazas más baratas y seguras, mediante la utilización de una tarjeta magnética. La seguridad, por tanto, aparece como elemento unido al contrato de aparcamiento y, con ello, la necesidad del deber de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos, conforme al artículo 1258 CC.

Contenido y obligaciones de las partes en el contrato de aparcamiento.—El contrato de aparcamiento es pues un contrato celebrado entre titular del aparcamiento y usuario del vehículo que consiste en la ocupación, previo acceso permitido, de una plaza de estacionamiento por aquél, según tarifas conocidas, que se abonan al retirarlo en función de las horas o días de permanencia. Obligaciones principales del usuario son la de pagar el canon, ya que, en otro caso, no puede retirar el vehículo y obligaciones del titular son las de tener libre una plaza disponible para la ocupación y la restitución del vehículo, cuando el cliente que ha pagado se disponga a retirarlo, con los consiguientes deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo que se mantenga la ocupación. (STS de 22 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Mientras se encontraba estacionado en el aparcamiento de un aeropuerto, se produce la sustracción de un vehículo cuyo seguro cubría el riesgo de robo. La compañía aseguradora, subrogándose en los derechos del asegurado en virtud del artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, ejercita acción de reembolso de la indemnización satisfecha contra la empresa titular del aparcamiento, por infracción de su deber de custodia. El Juzgado de Primera Instancia acoge íntegramente la pretensión y condena a la demandada, sentencia que revoca totalmente la de apelación dictada por la Audiencia Provincial, absolviendo a la demandada. La parte actora interpone el recurso de casación. (M.C.B.)

35. Daños por incendio derivados de un cortocircuito: falta de prueba de la causa: no hay responsabilidad de la arrendataria del local dedicado a industria textil.—El único presupuesto fáctico verdaderamente válido es el referente a que el incendio tuvo su origen en un cortocircuito que produjo la chispa incendiaria, pero este acontecer deja completamente sin explicar el por qué del mismo y la causa real del incendio, y esta absoluta indeterminación origina la imposibilidad de atribuir a la arrendataria del taller siniestrado la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC, por faltar la culpa o negligencia exigibles al efecto, y la relación causal entre ella y el daño producido, y no cabe atribuirla tampoco al quehacer de los trabajadores que se encontraban en el taller, al no incurrir éstos en maniobra o actuación alguna susceptible de provocar el cortocircuito, ni a dicha arrendataria, pues ello hubiera precisado una probanza clara y precisa de

las específicas obligaciones de carácter técnico que le corresponden para eliminar la situación de riesgo consustancial que existía en la industria, siendo insuficiente la mera existencia de este último como propio de la industria en cuanto tal, deduciéndose de todo ello que las consecuencias del incendio no pueden atribuirse a la arrendataria.

Acción de reembolso de los aseguradores: desestimación: no hay enriquecimiento injusto de la arrendataria.—La invocación de un enriquecimiento injusto en beneficio de la asegurada está subordinado y depende de una previa imputación de responsabilidad en la producción del incendio, y al faltar en este caso, actúa cual circunstancia obstativa respecto al mismo. (STS de 8 de octubre 1996; ha lugar.)

NOTA.—Una vez satisfechas las indemnizaciones devengadas como consecuencia del incendio declarado en el taller de confección de la asegurada, las compañías aseguradoras ejercitan la acción de reembolso contra aquélla pretendiendo que el incendio se produjo por su culpa o negligencia, y también se dirigen contra la reaseguradora; la demanda se desestima en primera instancia, pero la sentencia se revoca en apelación, siendo estimado el recurso de casación, que viene a confirmar la de primera instancia, salvo en cuanto a costas. Yo creo que las declaraciones jurisprudenciales extractadas deben ser enmarcadas en este contexto, pues de plantearse *prima facie*, y sin intervención de aseguradoras, la posible responsabilidad por el incendio, el resultado podía ser claramente otro a la vista de una abundante jurisprudencia, ya recaída, sobre daños por incendio (Pantaleón, *Comentarios Ministerio Justicia*, II, p. 1996, cita como ejemplos de objetivación de responsabilidad en materia de incendios y explosiones las SS de 20 de diciembre de 1982, 15 de febrero y 13 de mayo de 1985, 2 de abril de 1986, 29 de abril y 5 de mayo de 1988). Aparte de invocarse la conocida doctrina jurisprudencial del carácter básico del principio de la responsabilidad por culpa, y aunque se reconoce una evolución hacia una minoración del culpabilismo originario, es lo cierto que la *ratio decidendi* es aquel principio, afirmándose que el factor de riesgo, aisladamente considerado, no resulta suficiente para declarar una responsabilidad basada en el artículo 1902 CC. Así el 6.º FD se dedica íntegramente a desmontar los argumentos en que la AP fundamenta la responsabilidad de la arrendataria, y que pueden resumirse así: 1.º) La nave en que se produjo el incendio estaba destinada a taller de confección, lo que implica, de por sí, una situación de riesgo (insuficiente, sin embargo, para basar la culpa), resultando irrelevantes factores tales como que en la fecha de autos «había abundante material textil, llegando los géneros almacenados a alcanzar alturas de cerca de tres metros», y que «fuesen altamente inflamables», pues eran consustanciales con la natural actividad desarrollada en el taller, y lo mismo que «se trabajase las veinticuatro horas del día», lo que conduce a la irrelevancia de la hora en que ocurrió el incendio «las cuatro de la madrugada». 2.º) El hecho de no haber sido probado por la demandada que «haya tomado todas las precauciones que requería una industria en la que se almacenaban géneros altamente inflamables», resulta notoriamente insuficiente para sustentar una posible responsabilidad al faltar cualquier especificación acerca de las precauciones de que pudiera tratarse, reconociéndose la «existencia

de extintores y bocas de riego», cuya «insuficiencia para evitar el siniestro» no permite configurar una responsabilidad omisiva, pues la aptitud de los extintores depende de la intensidad del incendio y la rapidez de su propagación, y la de las bocas de riego depende, más bien, de la actuación de los bomberos. 3.º) No puede derivarse responsabilidad omisiva del dato negativo de no haber presentado el informe técnico que certificase la adecuación de la instalación eléctrica para la potencia máxima contratada. 4.º) Carecen igualmente de trascendencia otras afirmaciones, tales como que «se ignora si se cumplen las medidas de prevención de incendios», o «no existe en el Ayuntamiento expediente o licencia municipal de la actividad», e igualmente reflexiones acerca del «envejecimiento de la instalación eléctrica e incapacidad para soportar un aumento de potencia», o sobre el «sometimiento a un control riguroso de la instalación eléctrica». No deja de sorprender este *alegato exculpatorio* de la S, en el que se mezclan hechos, valoraciones y deducciones, algunas de las cuales, en anteriores pronunciamientos de la Sala 1.ª, habían sido consideradas suficientes para una condena, explicable únicamente por lo que se indica al comienzo de este comentario. (G.G.C.)

36. Culpa extracontractual: muerte por electrocución: caída de cables de alta tensión por fuerte temporal de viento y lluvia: fuerza mayor: irresponsabilidad de los usuarios de la línea eléctrica.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual; en el presente caso la producción del luctuoso resultado es exclusivamente atribuible al extraordinario e imprevisible temporal de fuerte viento e intensas lluvias que, en los días 21 y 22 de noviembre de 1989, descargó sobre el término municipal de Córdoba, del que se hicieron eco los medios locales de comunicación, lo que integra un acaecimiento de fuerza mayor, que excluye la responsabilidad de los demandados usuarios de la línea al no haber mediado culpa alguna por su parte. (STS de 15 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—En el presente caso cabe señalar un doble defecto formal, ambos visibles en los autos, uno achacable a la dirección letrada —que, globalmente, parece haber conducido el proceso de modo poco acertado—, y otro a la fundamentación de la sentencia recurrida. De una parte, la demanda de indemnización se interpone en nombre de la madre de la víctima, así como de la mujer con quien convivía, y también en nombre de los seis hijos que parecen ser sólo de ella; la S de la AP da a entender que niega legitimación a la madre, aunque no con claridad, y la S del TS estima el recurso en este punto, ya que tal hecho aparece suficientemente probado y admitido en el proceso, si bien la estimación resulta ser irrelevante porque la cuestión nuclear es la existencia o no de responsabilidad en los hechos; por otra parte, en ambas instancias se desestima la demanda, y como no recurre en casación la compañera de la víctima, no sabemos nada de la prueba aportada sobre la situación de conviven-

cia, ni de la paternidad de los seis hijos que, de cualquier modo, no habían sido reconocidos por el fallecido; la demanda se dirige contra usuarios de la línea de alta tensión, pero ¿no hubiera sido más acertado dirigirla contra la propiedad de la empresa eléctrica por falta de adecuada conservación de la línea? El TS califica duramente la actuación procesal de la AP; en el 2.º FD habla de la *lacónica, elusiva y censurable imprecisión de la motivación jurídica* de la S recurrida; en el 3.º FD se refiere a la *tan censurable forma* de fijar los hechos básicos de la demanda, que obliga al TS a acudir a los de la S de primera instancia que acepta íntegramente. Hay una clara insuficiencia probatoria sobre las circunstancias en que se ha producido la muerte; la víctima es pastor y se conjetura que, buscando a un animal extraviado, se adentró en el lugar en que yacían los cables en el suelo; nada se especifica sobre la fecha exacta en que ocurrieron los hechos, pues si los cables caídos hubieran permanecido muchos días a la intemperie, sin repararse la avería, la negligencia de la empresa acaso podía sostenerse. (G.G.C.)

37. Responsabilidad por accidente en estación de esquí: culpa contractual y extracontractual.—No es suficiente que medie un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se precisa que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; en este caso el accidente ocurre con ocasión del uso de remonte en la estación de esquí de Formigal, al tomar la telesilla Sallent; estando el suelo cubierto de paja, como medida precautoria ante la ausencia de nieve, se le trabaron los esquíes, ocasionando su caída y las lesiones que sufrió; en la demanda sólo se ejercita la acción contractual por incumplimiento del contrato de transporte.

Transporte en telesilla: naturaleza jurídica.—Aparte la normativa reglamentaria, el único precepto que hace referencia al transporte de personas es el artículo 352 CCO, y se limita a regular la carta de porte o billete; la doctrina y jurisprudencia lo califica de contrato de obra en razón a que se compromete un resultado, cual es el de llevar a la persona a un lugar determinado, pero sin entrar en disputas doctrinales parece más adecuado el encuadre en el arriendo de servicios, si se atiende al deber de efectuar el traslado del viajero con las mayores medidas de seguridad, sustituyendo la obligación de resultado, más propia de los transportes de cosas; al ser de naturaleza civil, todas las cuestiones sobre su cumplimiento o incumplimiento se regulan por las normas de la responsabilidad contractual.

Responsabilidad por incumplimiento: culpa del transportista.—En estos transportes especiales de personas, por la intervención activa que corresponde a cargo del viajero, hay que referir la culpa o negligencia del transportista al supuesto de que el servicio no ha sido satisfecho en la forma correcta y debida, lo que generaría obligación de medios; el incumplimiento denunciado se concreta en que la plataforma estaba cubierta de paja, pero no se demostró que esta circunstancia, ni ninguna otra relacionada con el estado del piso, fuera directamente causante del accidente, pues la habían utilizado normalmente ese día otras personas.

Ruptura de la relación de causalidad.—Se quiebra la relación causal entre el estado de la plataforma y la caída que sufrió la recurrente, a la que asistía el deber de mantener y conservar en todo momento el dominio de la situación, al

apercibirse de que el suelo estaba sembrado de paja, y adoptar medidas de precaución fácilmente a su alcance para evitar la traba de los esquís; la cobertura de la plataforma con paja estaba justificada ante la escasez de nieve y resulta medida corriente y usual; no se demostró que tal hecho fuera directamente lo que provocó la caída, por dificultar el deslizamiento de los esquís, con riesgo, tratándose de una situación perfectamente visible y de la que la recurrente se percató, como tiene reconocido, y no obstante afrontó la operación de acceder a la telesilla sin despojarse de los esquís; la ulterior colocación de alfombras sobre el pavimento no indica, por sí solo, que la paja fuera inadecuada, sino que se intensificaron las medidas de precaución, aunque las existentes eran suficientes. (STS de 21 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—No es infrecuente que, en la práctica, la responsabilidad por accidentes en telesilla se encaucen a través del artículo 1902 CC; en el presente caso la parte actora, que reclama una indemnización de once millones de pesetas por los daños sufridos por una caída al montar la telesilla, utiliza expresamente la vía contractual. Hay, sin embargo, jurisprudencia que niega la existencia de cambio de demanda cuando a los hechos alegados se aplica una normativa diferente de la invocada (véase en este *ADC* la S de 16 diciembre de 1996). El TS no lo ha hecho en este caso, y además patrocina una interpretación del contrato de transporte en telesilla que se aparta de la habitual; rechaza, en efecto, la calificación de obligación de resultado a la asumida por el transportista y pone a cargo de la persona transportada el deber de conservar y mantener, en todo momento, el dominio de la situación; niega que la utilización de paja en la rampa de salida —debido a escasez de nieve— haya sido la causante de la caída, atribuyendo ésta a la propia conducta de la víctima, que persistió en seguir calzándolos pese a darse cuenta de la existencia de paja en el pavimento; ¿podrá exigirse también tal diligencia a los menores transportados? ¿se exigirá la presencia de un adulto, junto al menor transportado, para responsabilizarse de la conducta de éste? En todo caso, hay que destacar la radical insuficiencia de la normativa civil sobre transporte de personas, en general, no cubierta por la normativa administrativa de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987, y su reglamento de 1990, amén de la reglamentación autonómica (en general, Sánchez Andrés, comentarios a los arts. 1601 y 1602 CC en *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, pp. 1212 ss.). (*G.G.C.*).

38. Acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual: Responsabilidad del abogado: no hay cambio de la causa de pedir.—Según la S de 6 de octubre de 1992, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en conflicto, 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; ante esta posibilidad de que el demandante aporte únicamente al juzgador los hechos en que funda su pretensión, no puede negarse la facultad del tribunal, en obsequio del *iura novit*

curia de aplicar las normas jurídicas que estime más adecuadas, aunque sean distintas de las alegadas por la parte como fundamento de su pretensión; no hay incongruencia cuando se invoca la culpa extracontractual del abogado y la condena se basa en incumplimiento contractual de sus deberes.

Negligencia del abogado al no interrumpir la prescripción.—Ha quedado probado en autos que el abogado dejó transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que, en su caso, habría interrumpido el plazo prescriptivo de la acción por culpa extracontractual que ejercitaba, y tal conducta no puede por menos de ser calificada de negligente al haber incumplido los deberes profesionales que establecen los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía, lo que origina exigencia de responsabilidad civil.

Violación del deber de informar al cliente.—Alegada en el pleito la prescripción, el abogado continuó el pleito sin que conste que en ningún momento advirtiera a sus clientes de lo inútil que resultaba esa pretensión, con lo cual omitió el deber de informar a sus clientes del posible fracaso de la demanda por hallarse prescrita la acción; deber de información que forma parte de los que al Abogado impone el contrato por el que hace prestación de sus servicios profesionales.

Determinación del *quantum*.—Las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del letrado demandado, y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente del letrado, sí pueden ser examinadas las posibilidades de la acción que no llegó a prosperar, atendida la cuantía litigiosa y la causa de la demanda; en el presente caso procede mantener el *quantum* fijado por la Sala, puesto que las posibilidades de éxito eran ciertas y se vieron truncadas de raíz por la conducta negligente del recurrente al no realizar en tiempo oportuno los requerimientos necesarios para interrumpir la prescripción. (STS de 16 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Notable particularidad del derecho español en materia de culpa extracontractual es, como se sabe, la posibilidad de ejercer conjuntamente la acción contractual y la extracontractual, así como la de ejercer alternativamente, una u otra, a conveniencia del actor, y también que ofrecidos los hechos al juzgador, sea éste quien en base al *iura novit curia* aplique la norma procedente. Este *cumul* está prohibido, por regla general, en el derecho francés de la *responsabilité extracontractuelle*. En este caso, el abogado demandado había negligentemente dejado transcurrir el plazo de prescripción de la acción por muerte en accidente del esposo y padre de los ahora recurridos. Éstos piden ahora una indemnización por los daños y perjuicios que les ha irrogado la conducta culposa del letrado (en el primer proceso se solicitaron diez millones). La demanda adolece del defecto de no fijar la cuantía máxima de la indemnización; pero en el proceso no se pidió su subsanación y alegado ahora en el recurso, se desestima. También se alega incongruencia y cambio de *petitum* porque invocada la culpa extracontractual, la AP aplicó incumplimiento del contrato de servicios profesionales; se desestima con base en la doctrina extractada. Ciertamente, en principio parece más ventajosa para los actores la vía con-

tractual que la extracontractual por ser más largo el plazo de prescripción y por ser suficiente alegar el incumplimiento, trasladándose al demandado la carga de probar los hechos impeditivos o extintivos; ahora bien, al tratarse de una obligación de medios la que asume el abogado, bastará con que demuestre haber actuado diligentemente. Con todo, en la práctica predominan las acciones *ex* artículo 1902 CC. En relación con el *quantum* indemnizatorio –tema, quizá, el más arduo– la S opta por el arbitrio judicial teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y existiendo como límite «lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización» en el proceso frustrado negligentemente. En el caso la AP había fijado, por un lado, la suma de cuatro millones, y, por otro, la de 308.160 pesetas que fue abonada al abogado y procurador en dicho pleito; la compañía de seguros code mandada sólo es condenada al pago de la segunda cantidad. La doctrina de esta S se ha confirmado por S de 28 de enero de 1998 (Pte. O’Callaghan Muñoz), en supuesto similar (demanda contra el Fondo de Garantía Salarial que se interpone fuera de plazo), si bien parece que el *quantum* coincide en este caso con la frustrada pretensión. Dice en esta última S el TS: «Nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE al quedarle coartada por la prescripción o caducidad. *Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener.* (G.G.C.)

39. Culpa extracontractual: accidente laboral: compatibilidad de indemnizaciones: doctrina general.—El recurso hace tabla rasa, o acredita total desconocimiento de la jurisprudencia reiterada y consolidada en cuanto a la competencia jurisdiccional del orden civil para resolver cuestiones sobre indemnizaciones por accidente laboral, que no lo impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da compatibilidad de las indemnizaciones que pudiera corresponder por accidente de trabajo y las que puedan dimanar de los actos encuadrables en culpa extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales civiles; procede la dualidad de pretensiones por no ser irreconciliables, pues la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sino que reconoce expresamente que puedan derivarse del hecho otras acciones distintas a las regidas por las leyes laborales, y así lo dicen los artículos 97.3 y 93.9 de la Ley de Seguridad Social de 1974.

Prescripción: *Dies a quo*.— En los supuestos de lesiones corporales cuando quedan secuelas, el plazo de un año para el ejercicio de la acción por culpa aquiliana ha de contarse, no desde la fecha de la sanidad, sino desde el alta definitiva, pues desde este momento es cuando el perjudicado alcanzó perfecto conocimiento del quebranto sufrido por su salud y sus consecuencias; ha de prevalecer el artículo 1969 CC, que contiene una fórmula genérica para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, al referirse a que el plazo ha de contarse desde el día en que puede ejercitarse, superponiéndose al artículo 1968 que contempla el momento en que lo supo el agraviado, pues éste, desde el instante

en que recibió las lesiones, ya tuvo conocimiento de los hechos, pero no así de sus repercusiones definitivas. (STS de 19 diciembre de 1996; no ha lugar.)

40. Accidente laboral: tetraplejía por caída de andamio: concurrencia de culpas: responsabilidad de la empresa propietaria del andamio.—Tratándose de contratos entre empresas, que subcontratan las obras, no existiendo entre ellas relaciones de subordinación, falta toda razón esencial para aplicar la responsabilidad del empresario por el hecho de sus subordinados; en el presente caso la condena se basa en la cualidad de propietaria del andamio y del acto negativo de no haberlo retirado, dejándolo en las condiciones necesarias para que pueda producirse, como se produjo, el accidente, causa mediata del quebranto cuyo resarcimiento se postula; y aunque el perjudicado incurrió en omisión de diligencia, su actitud antijurídica no llega a romper la relación de causalidad, produciendo la equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento.

Responsabilidad de la empresa subcontratante: ausencia de subordinación y dependencia de la víctima.—En caso de subcontratación, la empresa subcontratante ninguna relación tenía con el andamio ni con la víctima, de manera que ni creó riesgo alguno, ni puede atribuírsele culpa, si su esfera de actuación era aquella a la que correspondía el objeto, ni la víctima era subordinada o dependiente suyo; y al margen de cualquier exoneración de responsabilidad incluida por cada empresa al contratar o subcontratar, ninguna acción u omisión culposa cabe atribuir a *Eminsa* como causa del resultado dañoso, a la vista de los hechos declarados probados, pues no consta tuviera ningún tipo de dirección en los trabajos, ni que conociera y menos creara la situación de riesgo, por lo cual procede su absolución, ya que cada empresa es responsable directa de la aplicación de los reglamentos de seguridad propios de su especialidad, así como de los accidentes de trabajo que pueda sufrir su personal, atribuyéndose a cada una de las empresas implicadas en la construcción, o a sus representantes en las obras, la decisión sobre las medidas de seguridad correspondientes a su singular especialidad. (STS de 20 de diciembre de 1996; ha lugar.)

NOTA.—El fenómeno de la subcontratación, total o parcial, de las obras parece que es habitual tanto en la contratación pública como privada; en el presente caso, además del contratista que podemos calificar de inicial o principal, se pactan hasta dos subcontrataciones de la totalidad de la obra; tampoco es infrecuente en estos supuestos que la responsabilidad se disminuya o diluya a la hora de hacer frente a los accidentes laborales, y puede ocurrir que la empresa que realiza de hecho las obras sea la menos solvente, sin perjuicio de que, como cláusula de estilo, se acostumbra el incluir cláusulas de exoneración de responsabilidad por accidente (sobre cuya validez no entra la S). En el presente caso, el accidente causante de una invalidez muy grave se produce en la persona de un obrero de la empresa que está realizando las obras, sin intervención de las empresas intermedias, y sin que se den los requisitos de dependencia o subordinación que la jurisprudencia exige. Coherente con ella es lógica la absolución de la primera subcontratista (a la vez, subcontratante); también se toma en cuenta, para reducir el *quantum* de la indemnización, la imprudencia de la víctima, no obstante lo cual aquélla se fija en 30 millones de pesetas y ¿*Quid* si hubiera resultado insolvente la empresa condenada? (*G.G.C.*)

41. Muerte accidental de menor de 14 años sujeta a guarda administrativa: daño moral: legitimación activa de padres.—La legitimación activa para reclamar resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario, a los más próximos parientes de la víctima, si bien *iure proprio* y no por sucesión hereditaria, prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y la ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste, para determinar si la indemnización por causa de muerte entra en el patrimonio del difunto y por ello transita a sus herederos, o no; en el caso concreto, la muerte de la niña Laura fue casi instantánea, y ello nos lleva al daño moral al no concurrir circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres, u otras semejantes.

Apreciación de daño moral atenuado en padres suspendidos de la patria potestad.—Las circunstancias recogidas por ambas sentencias, de cierto abandono por parte de los padres, desorden en los valores espirituales, hasta el extremo de ocasionar se les suspenda de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que, de modo absoluto, se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado, y a virtud del artículo 1902 CC, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporciona, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado.

Cuantía del daño moral.—La determinación del daño moral sólo puede realizarse de modo aproximado, dado que la propia relatividad e imprecisión del concepto de *daño moral* impide una estricta y exacta traducción a lo económico, que ha de confiarse a la valoración de los Tribunales de instancia, si no varían los hechos que los mismos han tenido en cuenta para la determinación del *quantum*; por ello esta Sala ha reiterado que la apreciación del daño, en su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al arbitrio del tribunal de instancia, sólo impugnabile hoy en casación por error en la valoración de la prueba.

Responsabilidad de la Diputación Foral de Guipúzcoa: negligencia de acogedores privados que tenían internada a la menor: responsabilidad directa: culpa *in eligendo* o *in vigilando*.—Según estableció la S de 5 de octubre de 1995, es cierto que cuando se desempeña o presta un servicio con autonomía, y no existe relación jerárquica o de dependencia, no se traslada la culpa al comitente, pero también lo es que si el comitente se hubiera reservado la ingerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección, o se reserva su supervisión, se aplica el artículo 1903 CC; y ello ocurre en el presente caso en el que la Diputación no puede trasladar los riesgos del cometido de guarda, custodia y formación del menor que desempeña, por lo cual, tanto la *Asociación de Educadores Especializados de Guipúzcoa* como la asociación *Jakin Bidea*, y su monitor, quedaban en todo momento sujetos a su supervisión, instrucciones, vigilancia y dirección, sin que la Diputación pudiera renunciar a ella por la propia naturaleza del derecho que ejercitaba. (STS de 14 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Después de las —probablemente excesivas— competencias atribuidas a las Administraciones Autonómicas en materia de menores, otorgadas inicialmente por la Ley de adopción de 1987, y apenas corregidas por la Ley del Menor de 1996, estamos asistiendo a un fenómeno, en cierto modo, contrario, ya que a la inicial *voracidad* (dígase a beneficio de inventario) con que aquéllas asumieron rápidamente tales

competencias (y basta examinar la frondosa legislación de esta clase ya promulgada), se observa un cierto *movimiento de retirada* de los compromisos ya asumidos por los organismos administrativos. Al menos en dos ocasiones la Diputación Foral de Guipúzcoa ha tratado de eludir su responsabilidad por la muerte accidental de dos menores sometidos a su guarda; se trata de la contemplada por la S de 5 de octubre de 1995 y la ahora anotada, en circunstancias muy similares; en aquél, al hacer una excursión, el menor, que no sabía nadar, se ahoga al vadear un río; ahora la menor es invitada a un fin de semana a las instalaciones de la entidad en las que funciona un circuito de karts, debidamente señalizado y con protección de neumáticos, y cuando solicita probar uno de los coches, accede a ello el monitor, quien coloca el casco protector a la menor y empieza a darle instrucciones, pero ella arranca inopinadamente y se estrella contra un autobús con resultado mortal. Con toda claridad el artículo 174.3 CC, ya desde su redacción de 1987, establece que «la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor», y ello en cualquier caso, tanto de tutela de menores desamparados, como de acogimiento o guarda administrativa. A modo de moraleja: no parece coherente apresurarse a ejercer —a veces abusivamente— las mencionadas facultades en materia de menores, y «escurrir el bulto» a la hora de afrontar las reponsabilidades civiles que de ellas derivan; afortunadamente la jurisdicción civil está para proteger y hacer respetar los derechos de los padres.

Los datos relativos a las relaciones entre los padres y la hija, contenidos en la S, aunque imprecisos e incompletos, bastan para entrever una difícil e irregular situación; es cierto, por un lado, que la menor no fue dada en adopción, pese a que se diga que la madre (¿soltera entonces?) la había abandonado a los cuatro años; pero también se alude al desinterés de los padres en las actividades de la hija (¿era, ya en tal momento, el progenitor de la menor el marido de la madre?, parece que sí porque la demanda se interpone por ambos), así como a la suspensión de la guarda y custodia (así en el 1.º FD, aunque en el 2.º FD se menciona la privación de la guarda, custodia y educación); por último se dice que se había tratado de lograr una recuperación y mejora en las relaciones paterno-filiales. La conclusión es que «no había desaparecido cierto daño moral por la pérdida de la hija», lo que debe aprobarse. En mi opinión este «resto de legitimación activa» se apoya *in extremis* en el Derecho natural, fundamento último de la potestad paterna, que no desaparece por muy tormentosas que hayan sido las relaciones entre padres e hijos; lo que, por otra parte, permite deducir en el caso enjuiciado que sólo se había suspendido —y no privado— de aquélla.

Hay otra circunstancia que se evidencia de las actuaciones: la menor, de conducta «difícil», no había querido intervenir en los juegos de sus compañeros, y sólo cuando se están recogiendo los karts pide al monitor que le deje probar uno; entonces, sin atender a que termine las instrucciones de uso, arranca de forma imprevista, acelerando al máximo. A los catorce años puede hablarse de una conducta negligente *natural*, que obligaba a entender una cierta concurrencia de culpas por su parte. La S no la tiene expresamente en cuenta, aunque cabe entenderla incluida en la fuerte reducción del *quantum* indemnizatorio solicitado (los padres

habían pedido dieciocho millones de pesetas, y la AP otorga un millón a cada padre).

La experiencia de estos últimos años también enseña que las CCAA, según los distintos territorios, han encomendado el ejercicio de la guarda, o las modalidades de acogimiento de menores, a un complejo entramado de organismos y entidades público-privadas. El riesgo de dilución de las responsabilidades es demasiado evidente; por ello, me parece que debe imponerse a aquéllas un estricto deber, de naturaleza civil, de efectuar por su parte el seguimiento de los menores a su cargo; deber exigible todos los días (no debe exculparlas que durante los fines de semana no suela haber, ni siquiera, una oficina abierta para emergencias), bajo la superior vigilancia del Fiscal (art. 178.1) y también bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 párrafo 1.º). Sólo así la protección integral de los menores (art. 39.1 CE) podrá ser efectiva. (G.G.C.)

42. Responsabilidad civil derivada de delito: reserva de la acción en el proceso penal: sentencia condenatoria: doctrina general.—Al existir una condena penal firme, por el simple hecho de su existencia, y sin más requisitos, ha nacido la responsabilidad civil *ex delicto*, que vincula al juez civil cuando su ejercicio ante esta vía responde a una reserva expresamente formulada.

No hay cambio de la causa de pedir, ni incongruencia, cuando se invoca el artículo 1902 CC.—La incongruencia se da cuando hay divergencia —*extrapetita* o *ultrapetita*— entre el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia; no se da incongruencia cuando el Juzgado o la Sala acuden al principio *iura novit curia*, en virtud del cual pueden aplicar derecho distinto del invocado en la causa de pedir del proceso; la causa de pedir no es la fundamentación jurídica de la demanda, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya, o sea, el fundamento histórico de la acción; el proceso versa sobre supuestos de hecho a los que se aplican normas de carácter sustantivo, pero estas normas se aplican aunque las partes los ignoren, siempre que sean facilitados al juez los hechos, y se supliquen concretas peticiones; en el presente caso, de los hechos admitidos aflora con carácter indubitado la aplicación del artículo 1092 CC, ya que los pedimentos de la demanda se reducen a solicitar la condena de ambos demandados al pago de ciertas responsabilidades civiles derivadas de un hecho delictivo declarado en sentencia penal firme; la única diferencia estriba en que se pide la condena solidaria de los demandados, mientras que en el nuevo CP la condena es subsidiaria, pero ello no origina una divergencia *extrapetita* ni *ultrapetita* en perjuicio del recurrente. (STS de 13 de diciembre de 1996; no ha lugar.) (G.G.C.)

43. Responsabilidad médica por confusión de diagnóstico: inexistencia.—La confusión de diagnóstico sólo se considerará negligente cuando, al presentarse signos muy claros de una enfermedad, se determina otra cuyos indicios clínicos nada tengan que ver con su apariencia; ambas sentencias de instancia destacan concordemente una serie de hechos que prueban la falta de impericia en el médico, tales como la existencia de dolor que disfraza la verdadera enfermedad, la no verificación de biopsia por ser totalmente contraindicada, la advertencia de ser necesaria una pielografía que el enfermo no atendió, la particularidad de que no siempre el diagnóstico precoz y el tratamiento quirúrgico inmediata son garantía absoluta de curación y prevención de la metástasis, la rareza de la

patología de seminoma sufrida por el esposo de la recurrente, y su desarrollo clínico insidioso.

Valoración de la prueba pericial.—Es doctrina reiterada que la prueba pericial se apreciará según las reglas de la sana crítica que, como módulo valorativo, establece el artículo 632 LEC, pero sin necesidad de sujetarse a la misma, y sin que se permita la impugnación casacional, salvo que sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad, y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. (STS de 10 de diciembre de 1996; no ha lugar.) (G.G.C.)

44. Responsabilidad médica: secuelas subsiguientes al alumbramiento con incapacidad orgánica y funcional del 92,5%: actuación facultativa a destiempo.—La actuación facultativa negligente no consistió en la omisión de los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta la gravedad del cuadro postparto y las circunstancias personales de la paciente (treinta y nueve años, tres hijos y ya sometida a ligadura de trompas dentro del mismo proceso de parto).

Desplazamiento de la carga de la prueba.—Va abriéndose camino, en esta materia de responsabilidad médica, la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe negativo para otro profesional; por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados que gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima; ello ocurre en el presente caso, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, lo que evidencia una falta de rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario.

Atenuación de la carga de la prueba: presunción de culpa generada por mal resultado.—Esta Sala, como órgano *ad quem* comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba, o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola hacia la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba; asimismo, debe establecerse que en materia de responsabilidad médica no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. (STS de 2 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—La acción interpuesta por el marido de la paciente en reclamación de los daños producidos como secuelas de un parto, con resultado de tetraparesia espástica con minusvalía definitiva del 92,5% de sus capacidades orgánica y funcional, fue desestimada íntegramente en primer instancia, y estimada sólo respecto del médico en apelación. El TS desestima el recurso (Pte. Almagro Nosete), estableciendo una interesante doctrina que afecta, de modo primordial, a los aspectos probatorios de la responsabilidad médica. En primer lugar, interesa

destacar que la negligencia del ginecólogo se aprecia en el retraso en atajar la hemorragia presentada en la parturienta, pues desde las veintitrés horas de un día hasta las siete horas del siguiente, no se acuerda trasladar la enferma al hospital de la capital (se supone, que por disponer de mayores medios para lograrlo), en donde nada pueden hacer por evitar las secuelas que ya se habían producido en las horas anteriores. En segundo lugar, me parece de gran trascendencia práctica la declaración de que se admite cierto desplazamiento de la carga de la prueba, que normalmente se hace recaer en el actor que ha sufrido el daño, hacia el personal médico, que dispone de mayores facilidades para obtener las pruebas, y sobre quien se hace recaer un específico deber de cooperar en su obtención; orientación jurisprudencial que va afirmándose. En tercer lugar, se admite claramente la presunción de culpa en el caso, ciertamente de carácter excepcional, de un mal resultado de la terapéutica utilizada comparativamente con lo usual según la *lex artis*. Parece que el TS, en este sector de responsabilidad civil –tan sensible para la sociedad–, que en uso de sus facultades discrecionales la había acotado dentro de las estrictas coordenadas del principio culpabilístico, no siendo por ello infrecuentes las sentencias absolutorias (véase en este ADC S de 10 de diciembre de 1996). Se está afirmando una tendencia ampliatoria de la misma, sobre todo en el ámbito probatorio, probablemente a impulsos de la realidad misma. Como ocurre en el caso enjuiciado, no está justificado que una enferma se esté desangrando casi durante ocho horas en un centro hospitalario, sin adoptar medidas eficaces para atajar, no sólo la hemorragia, sino sus temibles secuelas. (G.G.C.)

45. Culpa extracontractual del centro docente: lesiones oculares causadas por niña de cuatro años con objeto punzante: irresponsabilidad de la madre.—Debe mantenerse la declaración absolutoria de la codemandada, madre de la menor causante de las lesiones, dado que, probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del colegio al que asistían ambos menores, estando bajo la vigilancia de dos profesoras, la codemandada no ejercía, ni podía ejercer en ese momento, sus funciones de vigilancia sobre su hija menor, ya que desde el momento de la entrada en el centro, hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio (como declararon las SS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y de 5 de diciembre de 1994), por lo cual no puede atribuirse culpa alguna a la madre en la producción del evento, al amparo del artículo 1903-2.º CC.

Negligencia de los profesores.—No son aceptables las razones exculpatorias de la sentencia recurrida al afirmar que «se trata de niños de cuatro años y de una lesión causada mediante un broche, instrumento que no es, por sí, ni se ha demostrado frente a ello que el de autos lo fuera, potencialmente peligroso, en el curso de una disputa sùbita y en modo alguno atípico, entre niños de esa edad»; razonamiento que parece estar valorando la responsabilidad de los niños y no la de quienes los tenían confiados a su vigilancia durante su permanencia en el colegio; por el contrario, traspasados al colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse en el caso una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro,

deber que, dada la edad de los menores, debió de ser extremada; y tal omisión se produjo al permitir que la alumna llevase un broche compuesto de un elemento punzante que si, en poder de personas mayores, carece de peligrosidad, no así en manos de una niña de cuatro años que con su actuación irreflexiva puede causar lesiones a un tercero, como así ocurrió al surgir una disputa, no imprevisible, entre los niños y de la que las dos profesoras que estaban en la clase, ni siquiera se apercibieron, aunque sí otros alumnos; tal conducta negligente de las profesoras del colegio determina la responsabilidad del centro docente y la obligación de indemnizar.

Resultancia probatoria: motivación de las sentencias.—Según S de 7 de noviembre de 1994, no hay precepto que exija una constatación pormenorizada, o investigación, o examen de cada una de las pruebas, y basta que de su análisis se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos elementos probatorios; según S de 7 de julio de 1989, en cuanto a la motivación de las sentencias, éstas deben contener el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión del pleito, y no la necesaria pormenorización y exposición precisa de normativa legal, cuando la misma se aplica y se tiene en cuenta, aunque no se cite literalmente; lo que conduce a desestimar el motivo al hallarse la sentencia combatida suficientemente motivada, tanto en cuanto a la apreciación de la prueba obrante en autos, como en el razonamiento lógico-jurídico que conduce al fallo con expresa cita de los artículos 1902 y 1903 CC. (STS de 10 de diciembre de 1996; no lugar.)

NOTA.—En esta S (Pte. González Poveda) se hace una minuciosa descripción y sucesivo análisis de los hechos, base de la sentencia, cuya valoración global, en cuanto concluye en la responsabilidad del centro docente, es de aprobar. Ha de precisarse que, en ambas instancias, la demanda interpuesta por los padres del niño lesionado, contra aquel centro y contra la madre de la niña causante del daño, es totalmente desestimada, mientras que en casación se confirma la absolución de la madre, condenando, en cambio, al centro. Pero la lectura del extenso 3.º FD suscita alguna duda: cierto que la guarda de la madre se confía o se delega temporalmente en los profesores del centro a partir del ingreso en éste del menor, pero ¿no es también responsabilidad de la madre el vestido y adornos con que la niña acude al colegio?, ¿no puede imputársele alguna negligencia, aun en grado mínimo, por haber colocado el broche en el uniforme de su hija?, ¿no debiera haber previsto su peligrosidad en atención a su corta edad? La entrega del menor a sus educadores no significa una brusca ruptura en cuanto a su guarda; podría decirse que tal entrega supone el traspaso del «deber de velar» (art. 154 CC) del menor, unido a las funciones educativas, pero residualmente permanecen en el progenitor otras facultades y deberes, y, entre ellos, la responsabilidad por su atuendo y vestimenta al confiarla al centro docente. (G.G.C.)

46. Responsabilidad patrimonial del Estado y de las CCAA: doctrina general: daños causados por incendio.—El primitivo artículo 1903, párrafo 5.º CC ha sido derogado por Ley 1/1991, de 7 enero, de modo que la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra regulada en la Constitución (art. 106.2) y en la legislación administrativa; y lo mismo puede predicarse de las CCAA y de las

Administraciones Públicas en general; en concreto, la nueva Ley 30/1992, de 26 noviembre, regula en su título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas, de sus autoridades y demás personal a su servicio, proclamando en su artículo 139.1 el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Jurisdicción competente: *vis atractiva* de la jurisdicción civil cuando hay particulares demandados.—Esta responsabilidad es objetiva y además directa, sin perjuicio de la posibilidad de repetir sobre el funcionario o empleado causante por acción u omisión del daño, siendo, en principio, la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño; si bien la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y en el presente así lo va a hacer, en base fundamentalmente a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, pues hay particulares demandados, y para evitar un «largo peregrinaje» a través de las distintas jurisdicciones. (STS de 2 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Puede verse una completa exposición del *status quaestio-nis* posterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992, en Catalán Sender, «Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales», AC, núm. 48 de 1997, marginal 1201. (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Propiedad horizontal. Elementos comunes.—Reiterada doctrina jurisprudencial del TS (entre otras, SSTs de 27 de marzo y 30 de noviembre de 1984; 17 de junio de 1988 y 28 de julio de 1992) mantiene que el suelo y el subsuelo de los edificios son elementos comunes.

Propiedad horizontal. Alteración en los elementos comunes. Modificación del Título constitutivo.—El TS en reiterada jurisprudencia señala, en base al artículo 16.1 LPH, que las alteraciones en los elementos comunes, aunque no afecten a la seguridad del edificio, requieren el consentimiento unánime de todos los propietarios.

Presidente de la Comunidad de Propietarios. Legitimación activa para interponer demanda.—Según el TS cuando en Junta de Propietarios se autoriza al Presidente de la Comunidad a interponer una acción interdictal, también podrá éste, en nombre de la Comunidad de Propietarios, iniciar un juicio declarativo ordinario sobre el mismo asunto, sin necesidad de nuevo acuerdo de la Junta de Propietarios.

Incongruencia de las sentencias. Doctrina jurisprudencial.—De forma reiterada y constante el TS afirma que las sentencias absolutorias no pueden ser calificadas de incongruentes, pues se considera que resuelven todas las cuestiones planteadas en el litigio. (STS de 31 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Unos copropietarios realizan diversas obras destinadas principalmente a la construcción de un sótano y a la instalación de un

aparato de salida de humos en el edificio sito en la calle Capulino Jáuregui núm. 2, sin autorización de la Comunidad de Propietarios del edificio. Como consecuencia de las mencionadas obras, la Comunidad de Propietarios interpone un interdicto de obra nueva que fue desestimado por estar las obras terminadas. Con posterioridad, la Comunidad de Propietarios formuló demanda contra los propietarios de los locales del citado edificio, don J. E. C. y doña D. V. S. y contra la arrendataria de los mencionados locales, *Bazar San Juan, S.A.*, suplicando la demolición de las obras realizadas, la reposición de los elementos del edificio a su estado originario, todo ello a costa de los demandados, así como una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M.J.P.G.*)

DERECHO DE FAMILIA

48. Prestación de alimentos y pensión compensatoria del artículo 97 CC.—Como razona la sentencia impugnada, la sentencia sobre alimentos definitivos se basó en el hecho jurídico de la existencia del vínculo matrimonial (art. 143 e indirectamente art. 149 CC). Producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos por esta causa y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el Derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. El divorcio (art. 85 CC; S de 29 de junio de 1988) no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 CC, referidos a los alimentos entre parientes, sino la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 CC. Esta pensión, por su propia naturaleza, características y manera de fijarla, no puede, ni de hecho ni jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos. No obsta a esta afirmación la referencia a los alimentos que se hace en el artículo 90 CC, pues tal mención hay que entenderla con limitación a quienes, producida la extinción del vínculo matrimonial, siguen teniendo derecho a ellos, como concretamente sucede con relación a los hijos, dado que aquella radical ruptura del vínculo matrimonial en manera alguna hace perder la relación de filiación. La sentencia dictada en juicio sobre alimentos definitivos no afecta a los eventuales derechos de alimentos que tuvieran los hijos mayores de edad o emancipados. Únicamente declara la extinción de la pensión anterior establecida subsistente el matrimonio.

Litisconsorcio pasivo necesario. Inexistencia.—No puede alegarse la falta de litisconsorcio pasivo necesario porque la pensión subsistente contemple la situación del hijo entonces menor de edad y nada disponga sobre los mayores de edad. Estos últimos, en principio, dejan de devengar la pensión al cumplir la mayoría de edad. Lo cual no impide que, si alguno se encontrara en el caso previsto por el párrafo 2.º del artículo 93 CC, pueda reclamar lo que proceda. (**STS de 23 de septiembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante solicitó ante el Juzgado la extinción de la pensión alimenticia establecida en juicio de alimentos entre la

demandada (su ex-esposa) y el actor, con subsistencia de la pensión compensatoria para aquélla y la de alimentos para el hijo menor establecidas en la sentencia de divorcio entre las partes. La sentencia de Instancia estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (porque no se había demandado a los hijos mayores de edad) y desestima la demanda. Contra dicha sentencia el actor recurre en apelación. La Audiencia Provincial de Santander estima el recurso y revoca la sentencia. La ex-esposa recurre en casación y el TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Esta Sentencia ha sido comentada por Teresa Marín García de Leonardo, *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 170-177. (A.R.G.)

49. Derecho de comunicación de los abuelos con el nieto.—La comunicación limitada establecida (dos horas cada quince días) respeta el principio del interés superior del menor y recomienda al juzgador de primera instancia que adopte en la ejecución las prevenciones necesarias para que la relación se produzca de modo cumplido y satisfactorio, a lo que sólo ha de añadirse que en tal menester podrá valerse de cuantas instituciones (autonómicas y estatales) crea conveniente, así como de los asesoramientos que precise. La procedencia del derecho de comunicación ya se ha pronunciado en esta Sala en SS de 7 de abril de 1994 y 11 de junio de 1996.

Interés del menor.—El interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él. Dicho principio vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso las que excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme a las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de las convenciones internacionales que vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1990). (STS de 17 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor formuló demanda de reconocimiento de derecho de visitas a su nieto, a favor de los abuelos maternos, contra el padre del menor. El nieto vivía con su padre y la relación de aquél con los abuelos maternos había estado interrumpida desde la muerte de la madre, seis años antes de la interposición de la demanda. El Juzgado desestima la demanda argumentando —entre otras razones— que debe dejarse al menor al margen de las desavenencias familiares. El actor-abuelo recurre en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que el artículo 160 CC persigue una mejor defensa del menor y que la escasa relación del nieto con los abuelos no podía atribuirse al

desafecto de éstos. Por ello revoca la sentencia de instancia y reconoce el derecho del abuelo a relacionarse personalmente con el nieto. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por el padre. (A.R.G.)

50. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Es jurisprudencia constante del TS, respecto al valor que tiene la negativa a someterse a pruebas biológicas, que sin alcanzar el carácter de una *ficta confessio*, debe ser determinante de la convicción del órgano enjuiciador cuando, a su vez, aparte de esta negativa existen otros elementos de prueba que corroboran la paternidad discutida. Así, admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el artículo 127 CC, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el artículo 39-2 CE, con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, debe tenerse en cuenta que si bien la negativa a someterse a éstas no implica, ni supone, una *ficta confessio*, sí supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia para determinar derechos de terceros, como son los del hijo cuya paternidad se discute. Ello es especialmente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad de dichas pruebas, y que dicha actividad obstructiva hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 CE, para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se declare su filiación biológica; e implica un evidente ejercicio antisocial del derecho, rechazado por el artículo 7 CC.

Ciertamente, el legislador español no ha dictado, por el momento, ninguna norma legal para regular la situación que se produce ante la negativa a someterse a pruebas biológicas, pero debe tenerse en cuenta, como afirma la S de 22 de marzo de 1996, que ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (arts. 39 CE y 127 CC), es patente que si bien no puede imponerse a la fuerza el sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección. Ahora bien, ante esa deficiencia y la consiguiente negativa a someterse a dichas pruebas por causas injustificadas, se ha tenido que perfilar una doctrina que, en la medida de lo posible, satisfaga los derechos en pugna. Y de esta doctrina cabe extraer como esencia fundamental, que tal negativa no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable. (STS de 19 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Iluminada R. V. formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de León, demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de filiación no matrimonial, contra don Servando P. S., suplicando sentencia por la que se declarase que el demandado es el padre biológico del hijo de la actora, quedando determinada la filiación, respecto a aquél, y ordenando su inscripción en el Registro Civil, con lo demás que en derecho proceda. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Contra la resolución de la Audiencia se interpone recurso de casación. (A.C.O.)

51. Investigación de la paternidad. Valor probatorio de las pruebas biológicas.—Las pruebas biológicas se presentan como relativas y no absolutas al ofrecer sólo resultado cierto por exclusión, pero no por ello se las puede privar de eficacia en cuanto se aportan como instrumentos susceptibles de valoración judicial en relación a otros medios probatorios aportados para completar el resquicio que dejan aquéllas, y alcanzar la conclusión de paternidad. Con todo se exige su complementación con otros medios probatorios, como sucede en el caso de autos. En concreto, lo decisivo no fue sólo el resultado de las pruebas biológicas, que actúan de refuerzo científico-pericial, sino la concurrencia, junto a éstas, de actos indirectos del padre y de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo.

Valoración de pruebas indirectas o presuntivas. La posesión de estado.—El tribunal llegó a la conclusión de tener suficientemente acreditada la existencia de relaciones amorosas y sexuales y concurrir verdad real biológica, en uso de sus facultades de análisis valorativo del cuerpo probatorio obrante en el pleito, y no sólo atendiendo a la posesión de estado familiar, conforme autoriza el artículo 135 CC, al comprender otros hechos de los que se infiere la filiación, de modo análogo, en relación al artículo 4.1 del mismo CC (SS de 16 de junio y 7 de octubre de 1995), sin que haya de dejarse de lado la relación personal de cuidado, suficientemente confrontada, que mantuvo continuamente el padre con su hijo, independientemente de que no se haya producido el reconocimiento legal de éste. Así se tiene en cuenta, también, la amplísima y expresiva prueba aportada, acreditativa de que el menor pasaba temporadas en la finca de su abuelo paterno; el acta notarial en que familiares del padre admiten la filiación paterna controvertida; la actitud positiva del padre atendiendo al pago de los gastos de crianza y educación del menor; la existencia de una vivienda compartida entre la actora y el presunto padre; y una abundante prueba testifical corroboradora. La posesión de estado no requiere que los actos que la expresan sean practicados absolutamente con plena publicidad (SS de 20 de mayo de 1991 y 14 de noviembre de 1992).

Legitimación pasiva de la esposa del fallecido.—Se reconoce la legitimación pasiva de la viuda en los procesos de investigación de paternidad del marido premuerto, pues no sólo ha de atenderse a los derechos sucesorios de la herencia del padre-causante, sino a intereses familiares ineludibles que pueden estar afectados por la declaración de paternidad postulada y atribuyen condición de posible perjudicada a dicha codemandada. (STS de 23 septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a del Pilar V. A. interpuso demanda promoviendo juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Verín con el suplico de que se dictase sentencia declarando que el menor H.V.A es hijo biológico extramatrimonial del fallecido don Luis F.D., y que se le reconozcan todos los derechos que la legislación vigente establece a favor de los hijos. Los demandados, doña María del Carmen L. A. (esposa de fallecido) y Sonia y Rodrigo F. L. (hijos ambos de Luis F. D.), se personaron y contestaron a la demanda. El Juzgado dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. Los demandados recurrieron en apelación dicha sentencia ante la Audiencia Provincial de Orense, que desestimó el recurso. Contra la sentencia dictada en grado de apelación, se interpone recurso de casación. (A.C.O.)

52. Negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas. Doctrina constitucional.—Los límites que los artículos 15 y 18.1 CE pueden imponer a la investigación de la filiación, no justifican, en modo alguno, la negativa de un demandado a someterse a las pruebas decretadas por la autoridad judicial. Así se deduce de la doctrina mantenida por el TC en esta materia y recogida, entre otras resoluciones, en los autos 103 y 221/1990 y SS 103/1985; 98/1987; 37/1989; 227/1991; 14/1992; 26/1993, resoluciones todas ellas reseñadas en la S 7/1994, de 17 de enero, según la cual: *a)* en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las partes implicadas, pero prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, al estar en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, y sin que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares; *b)* la resolución judicial que ordena el sometimiento a pruebas de sangre de alguna de las partes no vulnera sus derechos a la intimidad e integridad, siempre que reúna los requisitos establecidos jurisprudencialmente al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE, ya que: 1. No puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas. 2. El artículo 127 CC, que no es más que una concreción del mandato constitucional contenido en el artículo 39.2 CE, da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación, y la interpretación de los preceptos sobre esta materia debe hacerse siempre en el sentido que garantice en mayor medida el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos. 3. Las pruebas biológicas sólo se justifican cuando la paternidad no puede comprobarse a través de otros medios probatorios. 4. No podrá ordenarse el sometimiento a este tipo de pruebas cuando pueda suponer un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba someterse a ellas; *c)* El demandado sólo puede negarse legítimamente a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud; *d)* La ciencia biológica enseña que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad, y cuando es positivo se señalan grados de probabilidad del 99%.

Prueba de presunciones del artículo 135 CC. Valoración.—Afirma el TS que, en el caso que nos ocupa, dado que la filiación reclamada no puede basarse en el reconocimiento de la filiación de la misma, ni en la posesión de estado, ni en la convivencia con la madre en la época de la concepción, es claro que se estaría en el caso del inciso final del artículo 135 CC, o sea, «de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo». Este inciso final introduce en materia interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al juez a acudir a las presunciones *seu iudicis*, facultando a poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 CC (como reconocieron las SS de 17 de julio de 1987 y de 26 de mayo de 1988), pero sin que esa amplitud pueda entenderse como una facultad discrecional, ya que siempre habrá que estar a las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sopesándolas y ponderándolas cuidadosamente, y, por supuesto, partiendo de los hechos estimados acreditados, por haber quedado incólumes en la casación.

En el caso concreto de autos —continúa la Sala—, la conjugación del hecho probado de las relaciones de amistad y noviazgo existentes entre las partes en la

época en que se produjo la concepción del menor, con la negativa injustificada a someterse a las pruebas de paternidad, permite concluir, con arreglo a las prescripciones del artículo 1253 CC, que entre tales hechos y la referida negativa concurre el enlace necesario y preciso para deducir la paternidad que se reclama. (STS de 24 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Trinidad R. S. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara, en representación de su hijo menor de edad, demanda sobre reconocimiento de paternidad contra don Manuel V. G., cuya pretensión tenía como base fáctica la iniciación en el año 1974 de unas relaciones de noviazgo entre la actora y el demandado, fruto de las cuales nació el referido menor, que no fue reconocido por su padre. El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda formulada. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue, igualmente, desestimado. Ante dicho pronunciamiento, doña Trinidad R. S. formaliza recurso de casación. (A.C.O.)

53. Pruebas biológicas de paternidad. Ausencia de práctica por enfermedad. Valoración.—La Sala reitera su doctrina de que la negativa a la realización de las pruebas biológicas no es por sí misma una *ficta confessio* de paternidad, sino sólo un indicio razonable, en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción, para llegar a declarar dicha paternidad. Esta doctrina es objeto de aplicación correcta y minuciosa en la sentencia recurrida ante la no práctica de las pruebas biológicas, no por negativa del demandado, sino por la gravedad de la enfermedad que le acuciaba, y que le produjo la muerte pocos días después. La Audiencia no encontró ninguna prueba de la que pudiera inferirse la paternidad del demandado, y esa valoración probatoria no es objeto de impugnación. (STS de 25 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Soria, fueron vistos autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de filiación no matrimonial, instados por doña Catalina C. C., contra don Pablo R. R. El Juzgado dictó sentencia, con fecha de 4 de septiembre de 1991, desestimando la demanda, e imponiendo las costas a la actora. La Sala de lo Civil de la Audiencia provincial dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación, con apoyo en un único motivo: infracción por inaplicación de los artículos 127 CC y 39.2 CE, al amparo del artículo 1692.4.º LEC. (A.C.O.)

54. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Es reiterada y uniforme la doctrina relativa a que la negativa a someterse a la prueba biológica, aunque no constituye *ficta confessio*, es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas e indicios que revelen la razonable posibilidad de unión carnal, sobre la que no debe esperarse un prueba plena y directa (SS de 26 de enero y 28 de abril de 1993, 18 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995). Asimismo, el TC (en S de su Sala Primera de fecha 17 de enero de 1994) declara que debe considerarse la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, y que en conjunción con otras pruebas puede contribuir a

solucionar, como un medio de prueba apto en derecho —la prueba de presunciones, *ex art.* 1253 CC—, la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa, dando, en este caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado. (STS de 28 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Felisa B. M. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Juan Pedro R. G., y contra el Ministerio Fiscal, sobre declaración de paternidad y alimentos provisionales. En dicha demanda se suplicaba que se dictase sentencia declarando la paternidad del demandado sobre el menor Gabriel B. M., con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, y, entre ellas, la de fijar la cantidad de setenta y cinco mil pesetas mensuales en concepto de alimentos del citado menor. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la paternidad del demandado sobre el menor, acordando la rectificación pertinente de la inscripción de nacimiento, y fijando la cantidad mensual de cuarenta mil pesetas en concepto de alimentos al citado menor. Don Juan Pedro R. G. interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. Contra dicha sentencia desestimatoria se interpone recurso de casación. (A.C.O.)

DERECHO DE SUCESIONES

55. Fideicomiso de residuo. Actos de disposición del heredero fiduciario y principio de prueba legal o tasada.—Los fideicomisarios heredan del fideicomitente y no del fiduciario, lo que quiere decir que los herederos fideicomisarios tienen la cualidad de terceros respecto a aquél contrato otorgado en documento privado por medio del que el heredero fiduciario dispone de los bienes objeto del fideicomiso. Por ello resulta ser de aplicación a los fideicomisarios el principio de prueba legal o tasada contenido en el artículo 1227 CC cuando 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 lo 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, la fecha de este contrato celebrado en documento privado no tendrá efecto hasta la muerte del fiduciario, lo que le priva de eficacia frente a los fideicomisarios. (STS de 22 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 22 de junio de 1954 don Octavio D. G. otorga testamento designando heredera fiduciaria de un fideicomiso de residuo a doña Gumersinda S., y herederos fideicomisarios a los hermanos V. D. El 9 de junio de 1987, la heredera fiduciaria vende los bienes objeto del fideicomiso a través de documento privado. El 21 de octubre de 1987 doña Gumersinda muere. Doña Amelia y doña Luisa otorgan escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia de doña Gumersinda el 17 de marzo de 1988. El mismo día, ambas otorgan también escritura pública de compraventa de los bienes objeto del fideicomiso. Los herederos fideicomisarios interponen demanda reclamando la

declaración de nulidad de la primera compraventa en documento privado, de las dos escrituras otorgadas en marzo de 1988, y la declaración de validez del fideicomiso *de eo quod supererit*. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias por las demandantes, se revoca la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la parte compradora. (*J.M.B.S.*)

56. Acción de petición de herencia. Cómputo del plazo de prescripción.—La llamada acción de petición de herencia (*actio petitio hereditatis*) tiene un plazo de prescripción de treinta años (SS de 23 de diciembre de 1971, de 2 de junio de 1987, entre otras), que empieza a contarse desde que el poseedor aparente de los bienes exterioriza su propósito de hacerlos propios, titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de heredero. (S de 2 de junio de 1987, ya citada.)

Prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Inexistencia de justo título.—En el presente caso no es posible tener en cuenta la prescripción adquisitiva (usucapión) de diez años, entre presentes, con buena fe y justo título puesto que el testamento no es título idóneo («justo») para que el heredero, conforme al artículo 1957 CC, pueda adquirir el dominio de unos bienes que no son propiedad de su causante testamentario. (STS de 2 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don José Manuel P. y doña María M. fallecieron los días 30 de octubre de 1956 y 27 de enero de 1968, respectivamente. Con fecha 19 de enero de 1955, don José Manuel había otorgado testamento en el que institúa heredera universal a su sobrina, doña Ana María. Con fecha de 4 de julio de 1967, doña María había otorgado testamento instituyendo heredero universal a su hermano, don Pablo, quien formalizó las operaciones particionales de la herencia mediante escritura de fecha 24 de marzo de 1982. Doña Ana María promueve juicio sobre partición de herencia contra don Pablo, con el que pretende que se declare su condición de heredera universal, por mitad y a partes iguales con el demandado, en la totalidad de la herencia de los causantes. Solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la partición de la herencia de doña María, y que el demandado es poseedor de mala fe de los bienes de la herencia. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y condena a los demandados a abonar a doña Ana María la mitad del precio obtenido por la venta de unos pisos y locales que formaban parte de la herencia. La Audiencia Provincial revoca el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y acoge parcialmente el recurso interpuesto por la demandante Ana María. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*J.M.B.S.*)

DERECHO MERCANTIL

57. Violación de derecho de marca. Indemnización de daños y perjuicios.—El titular de un derecho de marca, en virtud de los artículos 36 y 37 de la

Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, tiene acción para solicitar en la vía civil una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la violación de su derecho de marca.

Violación de derecho de marca. Indemnización de daños y perjuicios. Prueba de la existencia de los daños y perjuicios.—En la Ley de Marcas no existe una presunción legal de existencia de daños y perjuicios por el mero hecho de la lesión de un derecho de marca. En este sentido, reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 11 de diciembre de 1993; 21 de mayo y 25 de noviembre de 1994 y 6 de marzo de 1995) señala que para que proceda la indemnización por daños y perjuicios, el titular registral de la marca afectada debe probar en el proceso la producción o existencia de tales daños o perjuicios.

Diligencias para mejor proveer. Acto procesal no recurrible.—El TS en reiteradas sentencias (SSTS de 31 de mayo de 1993; 14 de noviembre de 1994 y 25 de febrero de 1995) señala que las diligencias para mejor proveer son una facultad exclusiva de los tribunales de instancia. No pueden ser solicitadas por las partes, ni están sometidas al principio dispositivo. Asimismo, el TS declara que no son susceptibles de recurso alguno. (STS de 9 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Chanel, S.A.*, de nacionalidad francesa, titular registral de las marcas internacionales *Chanel*, interpuso demanda por violación de derecho de marca contra doña A.C.O., titular del establecimiento denominado *Lencería Chanel's*, suplicando el cese de los actos que impliquen violación de los derechos de marca de la demandante, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, así como la publicación de la sentencia a costa de la demandada en la prensa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, en el sentido de ordenar la publicación de la sentencia en la prensa, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. El TS rechaza la petición del pago de una indemnización por daños y perjuicios, declarando no haber lugar al recurso de casación. (*M.J.P.G.*)

58. Ejercicio de tercería de mejor derecho. Procedimiento de quiebra.—El TS mantiene en diversas sentencias (SSTS de 29 de octubre de 1927 y 25 de enero de 1957) que las tercerías de mejor derecho no pueden ejercitarse en el juicio universal de quiebra. Afirma que para determinar la preferencia de los créditos hay que acudir a lo establecido en los artículos 913 y 914 CCO. (STS de 25 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Minerales y Productos Derivados, S.A.* adquirió mediante escritura pública fechada en 1988 un crédito hipotecario al *Banco Urquijo Unión, S.A.*, quedando subrogada aquélla en todos los derechos y obligaciones del cedente contenidos en la escritura. En 1991 la entidad *Minerales y Productos Derivados, S.A.* interpuso demanda de tercería de mejor derecho antes de haberse realizado el pago contra la Sindicatura de la quiebra de la entidad *Fluoruros, S.A.*, solicitando se declarase su mejor derecho a cobrar su crédito con el

dinero obtenido en la subasta de bienes de la entidad quebrada, con preferencia a cualquier otro acreedor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de tercería de mejor derecho. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS anula la sentencia recurrida y desestima la demanda. (M.J.P.G.)

59. Contrato de seguro. Pago de indemnización. Recargo por demora del veinte por ciento. Requisitos.—El TS afirma en diversas sentencias (SSTS de 11 de mayo de 1994, 4 de septiembre y 27 de octubre de 1995 y 27 de septiembre de 1996) que el recargo del veinte por ciento establecido en los artículos 20 y 38 LCS sólo procede cuando el retraso en el pago de la indemnización se debe a causas no justificadas o que le son imputables al asegurador. En este sentido, señala el TS que cuando existe controversia sobre la existencia o no del siniestro, así como respecto de la cuantía del daño, no procede el abono del mencionado recargo de demora, pues en tales casos está justificado el retraso en el pago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora. (STS de 15 de noviembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don M.P.S. tenía suscrita con la entidad *La Estrella*, S.A. de Seguros y Reaseguros una póliza de seguro multirriesgo. Don M.P.S. como consecuencia de la sustracción de 4.800 perdices de la granja de su propiedad, interpone demanda contra la compañía aseguradora *La Estrella*, S.A., suplicando el pago de una indemnización, más el veinte por ciento del recargo por demora, desde la fecha del siniestro.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocando la sentencia de primera instancia, y condenó a la demandada al pago de una indemnización, más el interés por demora del veinte por ciento anual. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, en el sentido de dejar sin efecto la condena al pago del recargo por demora del veinte por ciento, confirmando el resto de la sentencia recurrida.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que en la presente sentencia, cuando se hace referencia al artículo 20 LCS hay que entender que se hace a su redacción originaria y no a la nueva redacción que le da la DA 6.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (M.J.P.G.)

60. Compensación de responsabilidades.—Para que se pueda hablar de concurrencia de responsabilidades, es necesario que éstas sean de igual naturaleza y de la misma esencia jurídica (SSTS de 10 de mayo de 1963 y 28 de mayo de 1993). Esta figura permite aminorar la indemnización global solicitada, pero no supone necesariamente la exclusión de la obligación de resarcir (SSTS de 5 de julio de 1968, 8 de octubre de 1969 y 15 de diciembre de 1984). Existe una línea jurisprudencial (SSTS de 9 de diciembre de 1964, 13 de febrero de 1984 y 19 de diciembre de 1986, entre otras) que es favorable a la posibilidad de revisión en casación de la concurrencia de responsabilidades, en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, por implicar un problema jurídico.

Artículo 20 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro.—Establece un interés anual del veinte por ciento a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro. Este precepto ha sido calificado por el TS como «medio legal para evitar la morosidad injustificada en la liquidación y pago de un siniestro previamente asegurado». Para que resulte aplicable dicho precepto es necesario que no exista causa justificada para la falta de pago o que fuere imputable dicha falta al asegurador, y ello no sucede cuando para la determinación de la causa y en consecuencia, para la exacta fijación de la cantidad a abonar por vía de indemnización, ha sido necesario el recurso al órgano jurisdiccional al existir discrepancia y ausencia de pre-determinación en el contrato.

Ámbito cubierto por una póliza de seguro de automóviles.—Para que pueda producir efectos una póliza de este tipo, es necesario un presupuesto inexcusable: que el accidente en cuestión se produzca en un evento del tráfico viario. Dicha póliza no tiene efectos cuando la grúa cuyo manejo imprudente provoca la lesión, se encuentra anclada y procediendo única y exclusivamente a practicar una actividad industrial.

Principio de congruencia de la sentencia.—Conforme al axioma *sententia debet esse conformis libello*, es necesario que la sentencia se pronuncie determinando si cada una de las personas demandadas ha sido condenada o absuelta con respecto a la pretensión de la parte actora (tal y como lo declaran las SSTs de 24 de abril de 1962 y 29 de abril de 1980, entre otras).

Obligación de abonar el interés legal cuando se condena al pago de una cantidad líquida y determinada.—Según el artículo 921 LEC, desde el momento en el que existe una sentencia que condena al pago de cantidad determinada y líquida, surge la obligación legal de abonar los intereses legales establecidos en dicho precepto (el interés legal más dos puntos), sin necesidad de su rogación, produciendo efectos a partir de la sentencia que no puede omitir el pronunciamiento sobre tal efecto. (STS de 10 de octubre de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don L. R. R. demanda indemnización de daños y perjuicios por las secuelas que le quedaron a resultas del siniestro que sufrió al ser impactado por la carga que pendía de una grúa que manejaba un empleado de Hermanos Cuenca, Comunidad de Bienes, así como una cantidad en concepto de indemnización por incapacidad temporal provocada por el siniestro y daños morales. Presentada demanda solicitando la condena solidaria de la Comunidad de Bienes «H. C.», los cuatro miembros de la misma, y la aseguradora. Se estima que aparte de la responsabilidad de las demandadas existe una actuación culposa en la conducta de la demandante, consistente en no haber tomado unas medidas de seguridad lógicas de sujeción y visibilidad, por lo cual se produce una compensación de responsabilidades, limitando la cantidad a indemnizar. Entre otros motivos, la demandante recurrente alega que habiendo demandando a la Comunidad de Bienes y a sus cuatro miembros junto con la aseguradora la sentencia condena a la CB y a dos de sus miembros junto con la aseguradora incurriendo con ello en infracción del artículo 359 LEC por incongruencia. El TS casa la sentencia y condena a todos los miembros de la comunidad de bienes junto con ésta y la aseguradora al pago de la indemnización incrementada en el interés legal más dos puntos.

NOTA.—La sentencia se refiere al artículo 20 en su redacción primitiva. Dicho precepto ha sido objeto de nueva redacción en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. (L.S.M.P.)

61. Incremento en la indemnización por retraso en el pago imputable al asegurador.—Existe reiterada jurisprudencia (SSTS de 30 de octubre de 1990, 31 de marzo de 1992, 2 de febrero de 1993, 26 de julio de 1994, 6 de febrero de 1995, entre otras) que afirma que para que tengan aplicación las consecuencias previstas en el artículo 20 LCS (recargo anual del veinte por ciento) se precisa que, transcurrido el plazo de tres meses previsto en el precepto, el impago se produzca por causa no justificada o que fuere imputable a la entidad aseguradora. Existe justificación y falta de imputabilidad cuando la determinación de la causa de la producción del siniestro y, en consecuencia, de la exacta cantidad a abonar en concepto de indemnización ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes.

Obligación del asegurador de pagar dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro. Dicha obligación sólo tiene carácter imperativo para los seguros contra daños.—El artículo 38 LCS 50/80 que impone dicho deber al asegurador de abonar el importe mínimo, se refiere al supuesto de daños en las cosas, pero no es predicable respecto de la indemnización procedente del concepto de responsabilidad civil por muerte de una persona, en el que al no haber peritación alguna no es posible conocer cuál es la cantidad mínima que pueda deber el asegurador, sino sólo la máxima que se determina en el límite pactado en el seguro. Para que dicho precepto pueda ser aplicado a toda clase de seguros y concretamente al de responsabilidad civil por muerte de una persona, derivada de culpa extracontractual, se requiere la existencia de un pacto expreso entre las partes sometiéndose a dicho precepto.

Reclamación en la indemnización del lucro cesante.—No procede su estimación, si ésta está montada sobre una base totalmente aleatoria y ficticia, cual es la duración de la vida de la reclamante.

Incongruencia omisiva y vulneración del artículo 24 CE.—Si no se entra a resolver sobre uno de los conceptos por los que se solicita una indemnización, se incurre en incongruencia omisiva e infracción del artículo 359 LEC que impone al órgano la ineludible obligación de resolver motivadamente todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Además tiene una dimensión constitucional al vulnerarse con ella no sólo el artículo 120.3 CE sino también el artículo 24 CE que impone a los jueces y tribunales la obligación de dictar una resolución fundada en derecho y esta obligación no puede considerarse cumplida con la mera decisión del órgano judicial, carente de motivación alguna. (STS de 4 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E.S.S. muere como consecuencia de haber sido arrollado por una res en un encierro de vaquillas, celebrado en las fiestas patronales de Uruñuela. Su viuda e hijos demandaron a la *Mutua General de Seguros* y al Ayuntamiento de Uruñuela, solicitando la condena solidaria de ambos demandados a una serie de cantidades a la viuda y a cada uno de los hijos en concepto de responsabilidad extracontractual. El Ayuntamiento niega la existencia de culpa alguna por su parte en la producción del siniestro que lo atribuye a caso fortuito, estimando que no existe por tanto deber de indemnizar. En la sentencia

se declara la existencia de culpa por parte del Ayuntamiento, al no adoptar las necesarias medidas técnicas de cerramiento en las zonas por las que discurre el encierro y en función de ello se fija la cuantía a indemnizar. Contra la sentencia que estima parcialmente la demanda, los actores presentan recurso de casación que es desestimado.

NOTA.—El artículo 20 LCS al que hace referencia la sentencia, ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. (L.S.M.P.)

62. Acción directa del perjudicado contra el asegurador en casos de responsabilidad civil por uso de vehículos de motor.—El TS afirma, con apoyo en el artículo 76 LCS y en el artículo 4 del Texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (actualmente denominada Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), que el perjudicado o sus herederos tienen acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño para reclamar el pago de la indemnización, no sólo hasta el límite cuantitativo del seguro obligatorio, sino que también, en su caso, pueden ejercitar otras acciones contra las entidades aseguradoras para resarcir la totalidad del daño.

Responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor. Requisitos.—El TS señala que para poder apreciar este tipo de responsabilidad es suficiente acreditar que el siniestro no se ha producido exclusivamente por la culpa del perjudicado. Mantiene el TS que esta responsabilidad es equiparable a la extracontractual del artículo 1902 CC. (STS de 3 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un accidente de circulación doña I.B.R.S.G., deportista profesional, sufrió lesiones que han provocado su invalidez absoluta para la realización de su actividad profesional, así como una incapacidad parcial para realizar trabajos que requieran un esfuerzo físico.

Doña I.B.R.S.G. formuló demanda contra las entidades aseguradoras de los vehículos implicados en el accidente, suplicando se condene a los demandados al pago, en forma solidaria, de la cantidad de 10.918.600 pesetas, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, por entender que son aplicables los límites cuantitativos del seguro obligatorio. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de incluir en la indemnización los gastos por asistencia médica y hospitalaria, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso y estima la demanda.

NOTA.—Sobre el tema que trata esta sentencia puede consultarse la monografía de Jesús Fernández Entralgo titulada *Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997. (M.J.P.G.)

63. Consorcio de Compensación de Seguros. Ámbito de actuación.—Entre los objetos del Consorcio de Compensación de Seguros se encuentra, según se

señala en la STS de 22 de julio de 1991 y se reitera en la presente sentencia, el de la cobertura, en régimen de compensación, en los ramos no personales, de los siniestros que afectando a los bienes asegurados, no sean susceptibles de garantía mediante seguro privado ordinario. Es por ello por lo que el TS califica al Consorcio de Compensación de Seguros como un asegurador complementario del asegurador privado.

Existencia de un contrato de seguro entre el asegurado y el Consorcio de Compensación de Seguros. Régimen jurídico aplicable.—El TS afirma que entre el Consorcio y el asegurado existe un contrato de seguro, distinto al concertado entre éste y el asegurador privado, que se acuerda a través del asegurador privado cuando se contrata una póliza de seguro en cualquiera de las modalidades permitidas por la Ley. El TS entiende, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que existen dos contratos distintos (un contrato de seguro entre una entidad aseguradora privada y el asegurado y un segundo contrato de seguro entre el Consorcio de Compensación de Seguros y el asegurado) recogidos en un solo documento. Cada uno de estos contratos tiene su propio contenido y distinto régimen jurídico. Declara el TS que la LCS de 1980 es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos de seguro concertados por el Consorcio de Compensación de Seguros en lo no previsto en su regulación específica. Asimismo, señala que debido a la naturaleza complementaria del Consorcio de Compensación de Seguros, habrá que acudir al contrato concertado con el asegurador privado para la determinación de los elementos configuradores del contrato de seguro no regulados expresamente en la legislación específica, tales como el objeto asegurado y su situación, alcance de la cobertura, fecha de inicio y de finalización de la vigencia del contrato. Asegura el TS que el Consorcio de Compensación de Seguros interviene en los contratos de seguro por medio de las aseguradoras privadas. (STS de 9 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—*Cristalería Española, S.A.* suscribió con dos aseguradoras una póliza combinada de incendios, por medio de la cual se aseguraban varias fábricas de vidrio. Contenía dicha póliza una cláusula de valoración de daños relativa a la reposición o reemplazo, en la fecha del siniestro, de los bienes destruidos o dañados con materiales nuevos (cláusula de reposición a nuevo).

Como consecuencia de unas lluvias torrenciales se produjo la inundación de una de las fábricas aseguradas por la mencionada póliza. *Cristalería Española, S.A.* y el Consorcio de Compensación de Seguros nombran respectivos peritos para la valoración de los daños. El Consorcio mantiene que no queda vinculado por la cláusula de «valor de reposición a nuevo», incluida en la póliza. Ante la divergencia existente entre las valoraciones de los daños realizadas por los dos peritos, *Cristalería Española, S.A.* interpone demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros, reclamando el pago de la diferencia existente entre la cantidad establecida por el Consorcio y la fijada por el perito nombrado por *Cristalería Española, S.A.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (*M.J.P.G.*)

64. Abuso de derecho.—La doctrina relativa al abuso de derecho (art. 7.2 CC) contenida en la STS de 14 de febrero de 1994 que exige: *a)* uso de un derecho; *b)* daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; *c)* inmoralidad o «antisocialidad» de ese daño (bien cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sin fin serio y legítimo, o bien cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho), puede concretarse. Teniendo en cuenta que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, social y teleológico, se puede afirmar que la figura del abuso de derecho no puede invocarse cuando existe un precepto legal que prevé la sanción al exceso en el ejercicio de un derecho. Dicho de otra forma, «el abuso de derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica».

Derecho a establecer restricciones a la transmisibilidad de las acciones nominativas.—Este derecho viene expresamente reconocido en la Ley, estableciéndose los límites y excepciones de obligado cumplimiento para salvaguardar los derechos de los accionistas. Ello impide entender que se han traspasado los límites morales o teleológicos en el ejercicio de este derecho expresamente reconocido por la ley si no aparece justificado un ánimo general de perjudicar al socio minoritario.

Aplicabilidad del artículo 146 de la vigente LSA.—Conforme a lo establecido en dicho precepto, el accionista que no haya votado a favor del acuerdo que restringe la transmisibilidad de las acciones, no quedará sometido a dicho acuerdo durante el plazo de tres meses contados desde su publicación en el BORME.

Derechos de asistencia y voto.—Son válidas las inclusiones en los Estatutos sociales de limitación de los derechos de asistencia y voto, y del derecho de representación siempre que se respeten los límites y excepciones establecidos por la Ley en los artículos 105 y 108 LSA. (STS de 25 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Jumisa* celebra Junta de accionistas en la que se aprueba la modificación de los Estatutos: conversión de las acciones al portador en nominativas, forma de valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo y retracto y derecho de asistencia a la junta y representación. Don M.V.M. presenta recurso de casación contra la sentencia que no declara la nulidad de dichos acuerdos y que declara que la transmisibilidad de las acciones queda afectada por las restricciones acordadas por la Junta, sin que resulte aplicable el artículo 146 LSA. En el recurso de casación entre otros motivos alega abuso de derecho, interpretación errónea de los artículos 106 y 108 LSA sobre derecho de representación e infracción del artículo 146 LSA relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones. El TS estima el recurso en lo que respeta a la aplicabilidad del artículo 146 LSA, pues estima que el acuerdo comporta restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. (L.S.M.P.)

65. Sociedad anónima. Legislación aplicable.—El TS afirma, con apoyo en el artículo 4.3 CC, que en materia de sociedades anónimas son aplicables las disposiciones transitorias de la LSA de 1989 que por su carácter especial, se imponen frente a las del CC, que son de carácter general.

Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores.—Es aplicable la LSA de 1989 cuando la acción u omisión de los administradores que genera los

daños se produce estando vigente dicha Ley, aunque los actos en que se funde el negocio jurídico se realizasen al amparo de la legislación anterior. El TS entiende que existe responsabilidad de los administradores, subsumible en el artículo 133.1 LSA, cuando una conducta omisiva de éstos causa perjuicios en un accionista que ha realizado un desplazamiento patrimonial y que como consecuencia de la conducta omisiva de los administradores no ha recibido contraprestación alguna, privándole de su condición de socio y del ejercicio de los derechos inherentes a ella. (STS de 25 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.A.R.C. y don E.A.R. acordaron la suscripción de 65 acciones de 100.000 pesetas de valor nominal cada una de ellas de la compañía *Bonanova 86, S.A.* Ante el incumplimiento del contrato de suscripción de acciones de la mencionada sociedad, doña M.A.R.C. interpuso demanda contra la entidad mercantil *Bonanova 86, S.A.*, don J.P.P. y don J.M.L.O., suplicando la resolución del contrato y la condena, en forma solidaria, de los tres demandados a pagar a la actora la cantidad de 6.500.000 pesetas, más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M.J.P.G.*)

DERECHO PROCESAL

66. Eficacia declarativa de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—Las resoluciones definitivas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sólo tienen naturaleza declarativa, según se infiere del artículo 50 del Convenio Europeo de Salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y de consolidada jurisprudencia de dicho Tribunal, entre ellas la resolución de 25 de abril de 1983 (Caso Pakelli) y de 24 de febrero de 1984 (Caso Digeon).

Las resoluciones del TEDH no tienen efecto directo en el ordenamiento español.—Las resoluciones de dicho Tribunal no tienen efecto directo o de ejecución en el sistema judicial español, a lo que se añade el hecho de que el TEDH no es un órgano judicial supranacional. El artículo 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales españoles determinados por las leyes. La introducción del TEDH en la organización judicial española sólo sería posible a través de una ley de naturaleza orgánica conforme al artículo 81.1 CE. Para que las sentencias del TEDH tuvieran efectos anulatorios sería necesario modificar la legalidad actual estableciendo un nuevo tipo de revisión de sentencias firmes o bien, la firma de un nuevo protocolo del Convenio que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las resoluciones del TEDH. Corroboración anterior la decisión de 2 de diciembre de 1994 de la Comisión Europea de Derechos del Hombre que rechaza por incompatible por razón de la materia, la pretensión de anulación de sentencia firme. (STS de 20 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R.H.B. presenta recurso de nulidad frente a la sentencia dictada por el TS con fecha 30 de abril de 1990 en procedimien-

to de impugnación de marca, solicitando la ejecución de una resolución de 9 de diciembre de 1994 del TEDH. El TS deniega el recurso, pues conforme a la legalidad vigente resulta imposible la ejecución de resoluciones del TEDH. (L.S.M.P.)

67. Préstamo del Banco Hipotecario de España con cláusula de sumisión expresa. Cláusula abusiva.—De acuerdo con la más moderna doctrina jurisprudencial respecto de los pactos de sumisión que autoriza el artículo 57 LEC (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 18 de marzo de 1995 y 12 de julio de 1996) acomodada a la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que encuadra dichas cláusulas de sumisión en el concepto de «abusivas», es necesario declarar el carácter abusivo de la cláusula de sumisión expresa teniendo en cuenta que el préstamo hipotecario en el que se inserta, debe ser considerado un contrato de adhesión en el que la negociación bilateral es mínima, pues es el Banco Hipotecario quien impone sus condiciones y privilegios.

Competencia territorial.—En el contrato de préstamo del Banco Hipotecario de España resulta aplicable el fuero que establece el artículo 62.3.º LEC y resulta competente el juzgado donde estén situadas las fincas perseguidas.

Juez competente para conocer el procedimiento del artículo 131 LH.—Conforme a la DA 1.ª 2 de la Ley 10/1992 de 30 de abril de 1992, es juez competente para conocer del procedimiento del artículo 131 LH el juez del partido en que radique la finca, no teniendo aplicación las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la LEC (arts. 56, 57 y 58) y el TC en SSTC de 5 y 26 de mayo de 1994 declaró la nulidad de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario y los artículos 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto (Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario), basándose en que el procedimiento de ejecución de dicha entidad supone un privilegio no justificado desde la perspectiva del artículo 14 CE, utilizando como instrumento de comparación el artículo 131 LH. (STS de 14 de noviembre de 1996.)

HECHOS.—En un proceso de ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario, se plantea una cuestión de competencia territorial por inhibitoria, entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid que se considera competente por el mantenimiento del privilegio procesal de dicho banco y el Juzgado de Primera Instancia de Xátiva que se considera competente por ser el lugar donde radica la finca objeto de la ejecución hipotecaria. El TS declara la competencia a favor del Juzgado de Primera instancia núm. 3 de Xátiva, por ser el lugar donde radica la finca. (L.S.M.P.)

68. Reclamación de indemnización a una Comunidad de Regantes. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.—El artículo 74 de la Ley de Aguas califica a las Comunidades de Regantes como Corporaciones de Derecho Público. Por su parte, el TS declara que corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo conocer de las pretensiones que existan contra las Comunidades de Regantes, cuando en el ejercicio de facultades administrativas por delegación o atribución legal y como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público que prestan, causen daños a un tercero. (STS de 24 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S.B.S. interpuso demanda contra la Comunidad General de Regantes del Canal de Piñana, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las obras que realizó la Comunidad de Regantes en la acequia mayor de riego existente en la zona en la que el demandante tiene varias fincas en explotación.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia por falta de jurisdicción para conocer de las pretensiones. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (*M.J.P.G.*)

69. Concepto de error judicial. Construcción jurisprudencial.—El TS en jurisprudencia consolidada y reiterada (entre otras, SSTS de 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992 y 7 de febrero de 1994) mantiene que para poder apreciar el error judicial deben existir equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. Asimismo, afirma que una mera discrepancia entre las sentencias dictadas en primera y segunda instancia no puede calificarse como error judicial. (**STS de 11 de noviembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F.P.C., adjudicatario de la explotación en arrendamiento de la cafetería de la Delegación Provincial de Trabajo de Huelva, interpuso demanda contra dicha Delegación Provincial por no haberse producido la entrega de la cafetería al subsistir el arrendamiento del adjudicatario anterior. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la Delegación Provincial al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia dictada en primera instancia y absolvió a la Administración del Estado de la reclamación efectuada.

Como consecuencia de lo anterior, don F.P.C. formuló demanda sobre reconocimiento de error judicial contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva. Se basa el demandante en que dicha sentencia acepta los hechos probados en primera instancia pero, sin embargo, los modifica en los fundamentos de derecho.

El TS desestima la demanda sobre reconocimiento de error judicial. (*M.J.P.G.*)